

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil veinte (2020).

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir las controversias suscitadas entre **MADERA MODULAR ARQUITECTÓNICA ATEMKA LTDA**, como Parte Convocante, y las sociedades **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y **TENCO S.A.**, como Parte Convocada y Demandada, de manera unánime profiere el presente Laudo arbitral en Derecho, después de verificar que se cumplieron en debida forma todas las etapas que la normatividad vigente (Ley 1563 de 2012 y demás normas complementarias) prevé y ordena para el desarrollo de los procesos arbitrales, con lo cual le pone fin al conflicto jurídico que las Partes sometieron a su conocimiento.

CAPÍTULO PRIMERO. ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- Identificación de las partes del proceso

1. La Parte **CONVOCANTE** es la sociedad **MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA.**, sociedad comercial con domicilio en Bogotá D.C., lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal que aparece en el expediente.
2. La Parte **CONVOCADA** son las sociedades **TENCO S.A.**, sociedad comercial con domicilio en Bogotá D.C., y **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, sociedad comercial con domicilio en la ciudad de Barranquilla, lo cual consta en los certificados de existencia y representación legal que aparecen en el expediente.

2.- El Pacto Arbitral

1. El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido en los contratos No. 147 de 1 de agosto de 2014 y 166 de fecha 13 de enero de 2015, los cuales de manera idéntica establecen:

"DÉCIMA SÉPTIMA-Toda controversia o diferencia que surjan entre las partes, por concepto de la celebración, interpretación, ejecución o terminación de este contrato y que no puedan ser resueltas de común acuerdo entre ellas o mediante procedimientos de arreglo directo, tales como la conciliación, serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento, el cual se sujetará a las disposiciones legales vigentes sobre el Arbitramento de acuerdo con las siguientes reglas: 1) La organización interna del Arbitramento se regirá por las normas previstas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá. 2. Tres árbitros designados por las Cámara de Comercio de Bogotá. 3. Su fallo será en Derecho. Este contrato es de Derecho Privado, por tanto regirá exclusivamente por las disposiciones de la legislación comercial y civil. "

3.- Síntesis de las actuaciones surtidas en la etapa introductoria del proceso.

Las actuaciones adelantadas en el presente trámite arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

2. Por conducto de apoderado judicial, **MADERA MODULAR ARQUITECTÓNICA ATEMKA LTDA.**, como Parte Convocante, presentó el día 24 de mayo de 2019 demanda arbitral en contra de las sociedades y las sociedades **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S** y **TENCO S.A.**,
3. Agotado el trámite de la designación de árbitros, fueron nombrados mediante sorteo público por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se designaron como árbitros los doctores **GABRIEL HERNÁNDEZ VILLARREAL**, **GERMÁN VILLAMIL PARDO** y **RAFAEL H. GAMBOA BERNATE**. El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 13 de agosto de 2019 (Acta No. 1). En esta audiencia, el Tribunal, además de declararse debidamente instalado y de designar como Presidente al doctor **GABRIEL HERNÁNDEZ VILLARREAL**, fijó como su sede y la de su Secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se designó como Secretario al doctor **CARLOS HUMBERTO MAYORCA ESCOBAR**, éste último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley. De igual manera fue inadmitida la demanda arbitral, la cual se subsanó por la parte Convocante mediante escrito de fecha 20 de agosto de 2019.
4. Una vez surtido el trámite previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012, el secretario del Tribunal tomó posesión ante el Tribunal el día 3 de septiembre de 2019, fecha en la cual se profirió el correspondiente auto admisorio de la demanda (Acta No.2), el cual se notificó mediante el uso de medios tecnológicos previsto en el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012, el día 4 de septiembre de 2019 en la forma que aparece descrita en el Acta No. 3 de fecha 8 de octubre de 2019.
5. El día 30 de septiembre de 2019, **TENCO S.A.** contestó en tiempo la demanda, adjuntó el poder otorgado, presentó excepciones de mérito y solicitó pruebas.
6. La sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, no contestó la demanda.
7. Mediante auto de fecha 8 de octubre de 20219, se tuvo por contestada la demanda por parte de **TENCO S.A.** y no contestada la demanda por parte de **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** En la misma providencia se corrió traslado de las excepciones de mérito presentadas por **TENCO S.A.**

8. El día 1 de noviembre de 2019, luego de que se señalara fecha y hora para el efecto, se dio inicio a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, a la misma asistieron los representantes legales de las partes, quienes manifestaron que no fue posible lograr un acuerdo entre ellas, razón por la cual, mediante auto de la misma fecha, el Tribunal declaró fallida la etapa de conciliación, dio por terminada dicha fase y en cumplimiento de su deber procedió a fijar los honorarios y gastos del proceso, cuyo pago fue realizado oportunamente únicamente por la parte Convocante.

4.- Primera audiencia de trámite, etapa probatoria, reintegración del Tribunal y alegaciones finales

9. El 27 de enero de 2020 se surtió la primera audiencia de trámite, en la cual, después de estudiar el alcance del pacto arbitral respecto de la materia y la capacidad de los sujetos procesales, mediante Auto 7 (Acta No. 8) de la misma fecha el Tribunal se declaró competente para resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento y resolvió sobre las solicitudes de pruebas mediante Auto 8 (Acta No. 8).

5.- Pruebas decretadas, practicadas y aportadas en el proceso

10. **Documentales.:** En el desarrollo del proceso fueron tenidos como pruebas la totalidad de los documentos aportados por las partes en el desarrollo del proceso.
11. **Declaración de tercero:** Fue practicado a solicitud de **TENCO S.A.**, el testimonio del señor **MIGUEL ALBERTO ZAMBRANO GUEVARA**, el día 21 de febrero del 2020. (Acta No. 9), quien además en su condición de Revisor Fiscal de la Convocante atendió la exhibición de documentos a cargo de dicha sociedad.
12. **Exhibición de Documentos:** El Tribunal surtió la diligencia de exhibición de documentos a cargo de la Convocante, el día 21 de febrero de 2020 (Acta No. 9), en la cual se exhibieron los siguientes documentos:

- Estados Financieros 2016 comparativo con el año 2015
- Estados Financieros 2017 comparativo con el año 2016
- Estados Financieros 2018 comparativo con el año 2017
- Estados Financieros a noviembre de 2019, a comparativo con diciembre del 2018.

En dicha fecha no asistió ninguna persona en representación de la sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** El día 26 de febrero de 2020, sus representantes legales presentaron por correo electrónico un memorial mediante el cual se excusaron de no haber asistido a la audiencia y solicitaron fijar una nueva fecha para su práctica, anexando además unos documentos con dicha petición. El Tribunal Arbitral mediante Auto 12 (Acta No. 10) de 10 de marzo de 2020 tuvo por no justificada su inasistencia y denegó la solicitud de fijación de una nueva fecha para su práctica.

- 13. Interrogatorios de parte.** El día 21 de febrero de 2020 (Acta No. 9) (Acta No. 14), se fijó como fecha para la práctica del interrogatorio de parte del representante legal de la parte Convocante por solicitud de la sociedad **TENCO S.A.**, en el curso de dicha diligencia se presentó el desistimiento de ésta prueba, el cual se aceptó mediante Auto 10 (Acta No. 9), posteriormente el Tribunal procedió a decretarla de oficio Auto 11 (Acta No. 9) y a practicarla inmediatamente. En la misma fecha se surtió el interrogatorio de parte del representante legal de **TENCO S.A.** decretado de oficio por el Tribunal el día 27 de enero de 2020.

A pesar de que para ese mismo día se había decretado de oficio el interrogatorio de parte del representante legal de **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, no asistió ninguna persona en su representación. El día 26 de febrero de 2020, los representantes legales de dicha sociedad presentaron un memorial mediante el cual se excusaron por su inasistencia a la audiencia del 21 de febrero de 2020 y solicitaron la fijación de una nueva fecha para su práctica, respecto de dicha solicitud, el Tribunal Arbitral mediante Auto 12 (Acta No. 10) de 10 de marzo de 2020 tuvo por no justificada su inasistencia y denegó la petición de fijación de una nueva fecha para su práctica.

- 14.** El Tribunal mediante Auto 12 (Acta No. 10) de 10 de marzo de 2020 y por haberse practicado la totalidad de las pruebas dentro del presente trámite arbitral, decretó el cierre de la etapa probatoria y fijó fecha para audiencia de alegatos de conclusión para el día 19 de marzo de 2020.

6.- Término de duración del proceso.

- 15.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el término transcurrido del proceso debe ser contado desde la primera Audiencia de Trámite realizada el día 27 de enero de 2020, razón por la cual han transcurrido a la fecha del presente laudo cuatro (4) meses y cinco (5) días del término del Tribunal.
- 16.** En consecuencia, el término de duración del proceso vencerá el 27 de julio de 2020, por lo que el presente laudo arbitral se profiere de manera oportuna.

CAPÍTULO SEGUNDO. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- Las pretensiones de la demanda

- 17.** Las pretensiones de la Parte Convocante fueron formuladas en su demanda, en los siguientes términos:

"PRIMERA: *Que se declare por parte del tribunal de arbitramento que las compañías denominadas SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., y compañía TENCO S.A. incumplieron los contratos No 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., No 166 NAO Fab. Sum.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-**

Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTD., suscritos entre estos y la sociedad ATEMKA LTDA

SEGUNDA: *Que como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales, derivadas de los contratos No 147 NAO Carp. Mdera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., No 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTD., el tribunal de arbitramento condene a las compañías denominadas SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., y compañía TENCO S.A., al pago de la suma de **\$ 271'218.519.00 DOCIENTOS SETENTA Y UN MILLON DOCIENTOS DIECIOCHO MIL QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE**, a favor de la empresa ATEMKA LTDA.*

TERCERA: *Que como consecuencia del interés por mora, causado por incumplimiento de las obligaciones contractuales, derivadas del contrato No 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., el tribunal de arbitramento condene a las compañías denominadas SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., y compañía TENCO S.A., al pago de la suma de **\$ 5'299.995.00 CINCO MILLONES DOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M/CTE**, a favor de la empresa ATEMKA LTDA*

CUARTA: *Que como consecuencia del interés por mora, causado por incumplimiento de las obligaciones contractuales, derivadas del contrato No 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTD., el tribunal de arbitramento condene a las compañías denominadas SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., y compañía TENCO S.A., al pago de la suma de **\$ 29'269.457.00 VENTI NUEVE MILLONES DOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CE**, a favor de la empresa ATEMKA LTDA*

QUINTA: *Que se declare por parte del tribunal de arbitramento, que las compañías denominadas SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., y compañía TENCO S.A., adeudan a la empresa ATEMKA LTDA, los intereses por mora de las facturas Nos. 2452, 2453, 2454, 2588, 2315, 2340, 2372, 2389, 2330. 2373 y 2402, producto de los contratos, No 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., No 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTD., la suma de **\$ 169'317.030.00 CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES TRECIENTOS DIECISIETE MIL CERO TREINTA PESOS M/CTE**, a favor de la empresa ATEMKA LTDA*

SEXTA: *Que como consecuencia de lo anterior se declaren resueltos los contratos No 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., No 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTD.*

SEPTIMA: *Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a las compañías denominadas SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., y compañía TENCO S.A. "(Sic)*

2.- Los hechos de la demanda.

- 18.** Los hechos de la demanda que sirven de fundamento a las pretensiones son los siguientes:

"PRIMERO: *Que la SOCIEDAD CONSTRUCTRA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., con NIT No 830.504.751-8, es una sociedad mercantil*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

con domicilio en la ciudad de Barranquilla, constituida por escritura pública No 1758 del 10 de septiembre de 2004, de la Notaria 9 de Barranquilla, inscrita en la Cámara y Comercio el 22 de octubre de 2004, con el No 114.004 del libro respectivo, representada legalmente por el señor GONZALEZ RUBIO CORONELL CARLOS

SEGUNDO: *Que la SOCIEDAD CONSTRUCTRA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., constituyo el contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliario FIDEICOMISO NAO FUN & SHOPPING, para adelantar el desarrollo del proyecto de uso mixto denominado NAO FUN & SHOPPING, ubicado en la ciudad de Cartagena sector de Bocagrande, entre las Carreras 1 y Avenida San Martin y la Calle 5°.*

TERCERO: *Que el 20 de marzo de 2004, la compañía TENCO S.A., presento a la SOCIEDAD CONSTRUCTRA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., oferta mercantil para adelantar la conceptualización, diseño, gerencia, ventas y construcción del proyecto inmobiliario NAO FUN & SHOPPING; oferta que fue aceptada por la SOCIEDAD CONSTRUCTRA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S el 17 de abril de 2009, razón por lo que, se vinculó como fideicomitente y beneficiario del proyecto a la sociedad TENCO S.A., al FIDEICOMISO NAO FUN & SHOPPING.*

CUARTO: *Que la empresa TENCO S.A. con NIT No 830090978-3 es una sociedad mercantil con domicilio en la ciudad de Bogotá, constituida por escritura pública No 2491 del 18 de julio de 2001, en la Notaria 42 de Bogotá, inscrita ante la Cámara y Comercio de Bogotá, el 9 de agosto de 2001, con el No 00789038 del libro IX, representada legalmente por el señor JULIO HUMBERTO ORTIZ ERASO.*

QUINTO: *Que la empresa MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA, con NIT No 800.068.030-6, es una sociedad mercantil con domicilio en la ciudad de Bogotá, constituida por escritura pública No 2.849 del 2 de junio de 1989 en la Notaria 31 del circulo notarial de Bogotá, registrada ante Cámara y Comercio de Bogotá, el 4 de julio de 1989, con el No 268.860 del libro IX. Representada legalmente por el señor FERNANDO MAURICIO ROJAS HERRERA*

SEXTO: *Que la sociedad TENCO S.A., construye en calidad de MANDATARIO y que con base en dicho mandato, suscribe el 01 de agosto de 2014, con la empresa MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA, el contrato identificado con el **No 147** NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., para la fabricación, suministro e instalación a todo costo de la carpintería en madera (7), para las zonas públicas Hotel, proyecto NAO FUN & SHOPPING-CARTAGENA, por valor de \$123'454.185.00.*

SEPTIMO: *Que el contrato que se identifica con el No 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., en su enunciado de consideraciones se lee expresamente: **Que el CONTRATISTA facturara el valor del presente contrato al PROMOTOR, es decir a CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. con NIT. No 830.504.751-8.** (Negrilla transcrita del contrato 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA.)*

OCTAVO: *Que el contrato que se identifica con el No 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., en su cláusula **DECIMA: OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE**, se estipulo: **EL CONTRATANTE tendrá las siguientes obligaciones, 1) Suministrar los planos y especificaciones***

para el buen suceso del contrato. 2) Pagar al CONTRATISTA las sumas de dinero, en la forma prevista en el presente contrato. (Negrilla transcrita del contrato 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA.)

NOVENO: Que el contrato que se identifica con el No 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., en su cláusula DECIMA OCTAVA: PENAL PECUNIARIA, se estipula que el incumplimiento de este contrato conlleva al pago de perjuicios en suma equivalente al 10% del valor total del contrato.

DECIMO: Que al contrato identificado con el No 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., se le suscribe **Otro si No 1**, el día 24 de febrero de 2015, con la finalidad de ampliar el plazo y la vigencia del contrato inicial, hasta el 5 de julio de 2015, teniendo en cuenta la programación de acuerdo con el anexo 1. **(Ver anexos del contrato 147)**

DECIMO PRIMERO: Que al contrato 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., le fue inserto, conforme la voluntad de las partes, un segundo **Otro si No 2**, el día 23 de abril de 2015, con el ánimo de modificar, adicionar cantidades y nueva actividad de obra, en el proyecto NAO FUN & SHOPPING-CARTAGENA, por valor de \$17'417.363.00 de acuerdo al anexo No 1 del nuevo otro si, así como ampliar el plazo de ejecución del contrato y su vigencia, hasta el 13 de agosto de 2015, teniendo en cuenta la programación de acuerdo con el anexo No 2, resultando como valor final del contrato la suma de \$140.871.545.00

DECIMO SEGUNDO: Que la fabricación, suministro e instalación objeto del contrato No 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA., se cumplió a cabalidad, en las locaciones del proyecto NAO FUN & SHOPPING-CARTAGENA, conforme las condiciones pactadas por el contratista y el contratante, quedando este último, pendiente de un saldo por pagar a favor del contratista, así:

SALDO POR PAGAR CORRESPONDIENTE A:

- **Intereses de facturas anteriores, hasta su cancelación.**

Costos financieros de facturas No.2340/2373/2389, desde su emisión hasta su pago, en Enero 27/2016, según relaciones enviadas.
\$5'299.995.00

- **Retención de Garantía del contrato.**

\$13'588.546.00

- **Intereses Retención de Garantía del contrato** desde

Julio 13/2016 a Mayo 13/2019. (1023 días).

\$9.267.388.00

SUBTOTAL

\$28.155.929.00

DECIMO TERCERO: Que la sociedad TENCO S.A., construye en calidad de MANDATARIO y que con base en dicho mandato, suscribe el 13 de enero de 2015, con la empresa MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA, otro contrato, identificado con el **No 166** NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTDA, para la fabricación, suministro e instalación a todo costo de la carpintería en madera (10) para las habitaciones del Hotel proyecto NAO FUN & SHOPPING-CARTAGENA, por valor de \$479'547.489.00.

DECIMO CUARTO: Que el contrato que se identifica con el No 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTDA., en su enunciado de consideraciones se lee expresamente: **Que el CONTRATISTA facturara el valor del presente contrato al PROMOTOR, es decir a CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. con NIT.**

No 830.504.751-8. (Negrilla transcrita del contrato 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTDA. ATEMKA LTDA.)

DECIMO QUINTO: Que el contrato que se identifica con el No 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTDA., en su cláusula

DECIMA: OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE, se estipulo: **EL CONTRATANTE tendrá las siguientes obligaciones, 1) Suministrar los planos y especificaciones para el buen suceso del contrato. 2) Pagar al CONTRATISTA las sumas de dinero, en la forma prevista en el presente contrato.** (Negrilla transcrita del contrato 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTDA.).

DECIMO SEXTO: Que el contrato que se identifica con el No 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTDA., en su cláusula DECIMA OCTAVA: PENAL PECUNIARIA, se estipula que el incumplimiento de este contrato conlleva al pago de perjuicios en suma equivalente al 10% del valor total del contrato.

DECIMO SEPTIMO: Que posteriormente al contrato 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTDA., para la fecha del 27 de marzo de 2015, las partes acuerdan, **Otro sí No 1**, en el que se establece contratar nuevas actividades de obra en el proyecto NAO FUN & SHOPPING-CARTAGENA, de acuerdo al anexo 1 de ese otro sí, por valor de \$504'527.123.00, y a la vez ampliar el plazo de ejecución hasta el 30 de abril de 2015, y su vigencia, hasta el 23 de agosto de 2015, teniendo en cuenta la programación de acuerdo con el anexo No 2, resultando como valor final del contrato la suma de \$984'074.613.00

DECIMO OCTAVO: Que al contrato identificado con el No 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTDA, se le suscribe **Otro si No 2**, el día 6 de noviembre de 2015, con la finalidad de ampliar el plazo y la vigencia del contrato inicial, hasta el 5 de junio de 2016, en el proyecto NAO FUN & SHOPPING-CARTAGENA, teniendo en cuenta la programación de acuerdo con el anexo No. 1. **(Ver anexos del contrato 147).** .

DECIMO NOVENO: Que la fabricación, suministro e instalación objeto del contrato No 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), ATEMKA LTDA., se cumplió a cabalidad, en las locaciones del proyecto NAO FUN & SHOPPING-CARTAGENA, conforme las condiciones pactadas por el contratista y el contratante, quedando este último, pendiente de un saldo por pagar a favor del contratista por los siguientes conceptos, a saber:

SALDO POR PAGAR CORRESPONDIENTE A:

- **Intereses de facturas anteriores, hasta su cancelación.**
Costos financieros de: saldo anticipo y facturas No 2373/2402, desde su emisión, hasta su pago en Diciem. 22/2015 y Enero27/2016, según relaciones enviadas. \$ 29.269.457.00
- Factura No 2452. \$142'929.727.00
- Intereses Fact. #2452 desde Julio 13/2016 a Mayo 13/2019 (1023días). \$97.478.073.00
- **Retención de Garantía del contrato.** \$67.170.114.00
- Intereses Retención de Garantía del contrato desde Julio 13/2016 a Mayo 13/2019. (1023 días). \$45.810.018.00

SUBTOTAL

\$382.657.389.00

VIGECIMO: Que al interior del contrato No 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), ATEMKA LTDA. Otro si No 2, también se pactó lo siguiente:

CLAUSULA CUARTA: EJECUCION DE ACTIVIDADES A CARGO DEL CONTRATISTA: Las partes acuerdan que, a partir del 10 de diciembre de 2015, EL CONTRATISTA reiniciara la ejecución de la obra o labor contratada para lo cual, se realizaran los siguientes acuerdos específicos:

1. Ingresar a trabajar en la obra y realizar cortes de obra de la obra ejecutada o de la pendiente por ejecutar.
2. Revisar el tema de los sobrecostos enviados por ATEMKA referente a intereses sobre las facturas pendientes de pago y mayor permanencia de personal en la obra, este asunto se estudiará y definirá en el mes de Diciembre de 2015.

De acuerdo a ésta Cláusula Cuarta, se generó:

- Factura No 2588.
\$30.000.000.00
- Intereses Fact. No 2588 desde Septiembre 10/2018
A Mayo13/2019 (243dias).
\$4.860.000.00

SUBTOTAL
\$34.860.000.00

VIGECIMO PRIMERO: Que conforme a solicitud de material por parte del CONTRATANTE, también quedo pendiente por pagar al CONTRATISTA, las factura No. 2453 y 2454, del 13 de junio de 2016, y suscritas por ATEMKA LTDA., generando con ello los siguientes conceptos por pagar a favor del CONTRATISTA así:

- Factura No 2453.
\$16.870.133.00
- Intereses Fact. #2453 desde Julio 13/2016 a Mayo 13/2019 (1023dias).
\$11.505.431.00
- Factura No 2454.
\$660.000.00
- Intereses Fact. No 2454 desde Julio 13/2016 a Mayo 13/2019 (1023dias).
\$450.120.00

SUBTOTAL **\$29.485.664.00**

VIGECIMO SEGUNDO: Que la fabricación, suministro e instalación del objeto de los contratos 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTDA., y 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA se cumplió a cabalidad, conforme las condiciones pactadas por el contratista y el contratante.

VIGECIMO TERCERO: Que de acuerdo a lo anterior, los valores por pagar, por parte del contratante ascienden a la suma de:

Contrato No 147 NAO ATEMKA	\$28.155.929.00
Contrato No 166 NAO, ATEMKA.	\$382.657.389.00
Contrato No 166 NAO, ATEMKA Clausula Cuarta	\$34.860.000.00
Facturas No 2453 y No 2454	\$29.485.664.00

GRAN TOTAL..... \$ 475.159.001.00

VIGECIMO CUARTO: Que la fabricación, suministro e instalación del objeto de los contratos 147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA, y 166

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-**

NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel, ATEMKA LTDA, facturas adicionales, cumplieron a cabalidad, conforme las condiciones pactadas por el contratista y el contratante generando los respectivos documentos, por parte del contratante:

- *Conciliación con equipo.*
- *Conciliación con almacén.*
- *Estado de cuentas del subcontratistas.*
- *Paz y salvo de obra.*
- *ACTA DE RECIBO FINAL DE OBRA.*
- *ACTA DE LIQUIDACION FINAL DE OBRA.*

VIGECIMO QUINTO: *Que la empresa ATEMKA LTDA, una vez terminado y cumplido el objeto de los contratos referidos; y en vista al incumplimiento de los plazos de pago pactado por parte del contratante, el contratista procede al cobro de sus acreencias, mediante sendos escritos (cuentas de cobro), que se relacionan a partir del 9 de marzo de 2016 a 13 de agosto de 2018, remitidas a la CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., y la sociedad TENCO S.A., en la ciudad de Cartagena., misivas de las que se obtuvo, conversaciones con la Ing. SUSANA SPERCY, GLORIA ESMERALDA PEREZ, Directora Administrativa y Residente Administrativa, Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S respectivamente, quienes nos contactaron en la ciudad de Bogotá con la Doctora MARIA CONSUELO PAREJA SIERRA, Representante legal de la CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., con quien el señor Mauricio Rojas Herrera (Representante Legal ATEMKA LTDA), en varias oportunidades sostuvieron conversaciones y se plantearon diversas formas de pago por parte del deudor, sin que hasta la fecha se concretaran de manera formal tales compromisos.*

VIGECIMO SEXTO: *Que la empresa ATEMKA LTDA, el 23 de marzo de 2018, recibió por parte de, CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. la consignación por valor de \$15'000.000.00, en su cuenta de ahorros No 2015287564 del Banco Colpatria, consignación proveniente de Bancolombia Compañía Alianza Fiduciaria FO Nit No 800.194.297, transacción bancaria que fuera confirmada, como abono a lo adeudado, el 27 de marzo de 2018, a través vía correo electrónico por la Ing. Gloria Esmeralda Pérez, residente administrativa de la constructora.*

VIGECIMO SEPTIMO: *Que la empresa ATEMKA LTDA, en virtud del incumplimiento de los pagos de los contratos referidos, se le causó un perjuicio de carácter pecuniario al tener que contratar los servicios de un profesional del derecho, para la consecución del pago de las obligaciones dejadas de percibir, ante la Cámara de Comercio de Bogotá, en la suma del 30% del valor total de la reclamación". (sic)*

Mediante memorial subsanatorio, es del caso tener en cuenta que el apoderado de la parte Convocante, manifestó que: *"Me permito, desistir de los hechos relacionados en el numeral NOVENO, DECIMO SEXTO y VIGECIMO SEPTIMO de la demanda inicial, por lo que solicito, no se tengan en cuenta en el libelo de la demanda arbitral."*

3.- La Contestación de la demanda.

19. Tal como se indicó anteriormente, únicamente **TENCO S.A.** contestó oportunamente la demanda, dando respuesta a cada uno de los hechos de la demanda, solicitando la práctica de pruebas, y con el fin de enervar las pretensiones de la demanda formuló las excepciones de mérito que a continuación se relacionan:

a) Ausencia de título en contra de la demandada **TENCO S.A.**, en la medida que dicha sociedad no tiene responsabilidad alguna respecto de las pretensiones de la demanda, toda vez que aparece en los contratos objeto del presente proceso como mandataria de la sociedad **CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y al caer los efectos de dicho contrato sobre el mandante la Convocante realizó el cobro de lo ejecutado a ésta última persona jurídica.

b) Cobro de no debido (sic), toda vez que al hacer un recuento de la forma en que se estructuró la relación contractual TENCO S.A., no se encuentra obligada a realizar los pagos que se solicitan en las pretensiones de la demanda.

c) La general, que se tenga por el Tribunal como excepción cualquier otra que se encuentre probada y que pueda favorecer a **TENCO S.A.**

CAPÍTULO TERCERO. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

Presupuestos procesales

Encuentra en el presente caso el Tribunal que los denominados presupuestos procesales, estas son, las condiciones de forma que le permiten al juzgador proferir una decisión de fondo, se han reunido cabalmente en este proceso, por cuanto las partes, por tratarse de personas jurídicas debidamente constituidas (capacidad procesal), han concurrido a este proceso a través de sus representantes legales (capacidad para comparecer al proceso). Así mismo, la demanda con la que se dio origen al proceso, reúne los requisitos previstos en la Ley (demanda en forma) y este Tribunal es competente para resolver las controversias sometidas a su conocimiento (competencia del juez), en aplicación del parágrafo del artículo 3 de la ley 1563 de 2012, por lo que no existe duda alguna de que los presupuestos procesales se encuentran plenamente consolidados en este proceso.

De igual manera para el Tribunal todas las etapas de este arbitraje se desarrollaron en debida forma y en el presente caso no existen nulidades insaneables que deban ser decretadas oficiosamente o insaneables que deban ser puestas en conocimiento al tenor de lo previsto por el artículo 137 del Código General del Proceso.

Por lo antes expuesto, en el presente laudo arbitral, desde el punto de vista de los presupuestos procesales y de la validez de la actuación formal, no existe obstáculo que permita proferir una decisión de fondo sobre los asuntos litigiosos sometidos a decisión de este Tribunal de Arbitraje.

CAPÍTULO CUARTO

En aras de dar motivada cuenta de las pretensiones que la Convocante **MADERA MODULAR ARQUITECTÓNICA ATEMKA LTDA.** —en adelante **ATEMKA LTDA.**— le formuló a las convocadas **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y **TENCO S.A.**, así como de confrontarlas con los medios de defensa que esta última le planteó a aquella; en este capítulo el Tribunal empleará la siguiente metodología: en primer lugar, glosará lo más destacado de lo expuesto por las partes en sus libelos demandatorio y contestatorio, respectivamente. En segundo término, analizará los contratos 147 y 166 cuyas declaratorias de incumplimiento solicita la actora, así como el régimen jurídico que los gobierna, e igualmente se pronunciará sobre el contrato de mandato y la interpretación de los acuerdos de voluntades encaminados a generar obligaciones. En tercer lugar, centrará su estudio en los distintos medios de convicción que reposan en el expediente, y al final —y con base en dichas pruebas— determinará si se abre paso, o no, bien sea lo pedido por la pretendiente o lo resistido por su opositora.

Con posterioridad y luego de haber desplegado el anterior laborío, este panel arbitral se ocupará de la situación jurídica suscitada en torno a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, quien, a pesar de haber sido notificada en debida forma del auto admisorio de la demanda instaurada en su contra, no la contestó y tampoco postuló excepciones de ninguna naturaleza.

1.- De los hechos de la demanda y su contestación por parte de TENCO S.A.

1.1.- De la demanda que formuló la convocante ATEMKA LTDA.

Compendiados por el Tribunal, el sustrato fáctico de la demanda incoada por la convocante se reduce a lo siguiente:

i.- Que la empresa denominada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, identificada con el NIT 830.504.751-8, constituyó “*el contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliario FIDEICOMISO NAO FUN & SHOPPING*”, cuyo propósito era “*adelantar el desarrollo*” del proyecto NAO FUN & SHOPPING en el sector de Bocagrande, en la ciudad de Cartagena.

ii.- Que el día 20 de marzo de 2004, **TENCO S.A.** realizó una “*oferta mercantil*” a **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, para “*adelantar la conceptualización, diseño, gerencia, ventas y construcción del proyecto inmobiliario NAO FUN & SHOPPING*”, la cual fue aceptada por la destinataria el 17 de abril de 2009.

iii.- Que como consecuencia de lo anterior, la sociedad **TENCO S.A.** fue vinculada “*como fideicomitente y beneficiar[a] del proyecto (...) al FIDEICOMISO NAO FUN & SHOPPING*”.

iv.- Que la empresa **TENCO S.A.**, afirmó la convocante, “*construye en calidad de mandatario*”, y que “*con base en dicho mandato*” suscribió el 1 de agosto de 2014 con la empresa **ATEMKA LTDA** el contrato “*identificado con el No.147 NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA*”, para la “*fabricación, suministro e instalación a todo costo de la carpintería en madera (7), para las zonas públicas*”

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

Hotel, proyecto NAO FUN & SHOPPING-CARTAGENA, por valor de \$123 '454.185.00".

v.- Que en dicho acuerdo de voluntades quedó plasmado que *"EL CONTRATISTA"* le facturaría *"el valor del presente contrato"* al *"promotor, es decir a CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. (...)"*, y de igual forma, que EL CONTRATANTE pagaría AL CONTRATISTA *"las sumas de dinero, en la forma prevista en el presente contrato"*.

vi.- Que el 24 de febrero y el 23 de abril de 2015, se suscribieron los "otrosíes" números 1 y 2, respectivamente, el primero con el fin de *"ampliar el plazo y la vigencia del contrato inicial, hasta el 5 de julio de 2015"*, y el segundo no solo para ampliar el plazo *"de ejecución y vigencia"* hasta el 13 de agosto de 2015, sino para *"modificar, adicionar cantidades y nueva actividad de obra"* dentro del proyecto NAO FUN & SHOPPING-CARTAGENA.

vii.- Que la *"fabricación, suministro e instalación"* objeto del contrato antes descrito se llevó a cabo conforme a lo acordado, quedando, sin embargo, el Contratante en mora de pagar un saldo en favor *"del contratista"* por la suma de \$28.155.929.00.

viii.- Que, asimismo, **TENCO S.A.**, también *"construye[ndo] en calidad de mandatario"*, y *"con base en dicho mandato"*, suscribió con **ATEMKA LTDA** el 13 de enero de 2015 el contrato *"No. 166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel , ATEMKA LTDA"*, con el fin de suministrar, fabricar e instalar *"a todo costo"*, la *"carpintería en madera para las habitaciones del proyecto NAO FUN & SHOPPING-CARTAGENA, por valor de \$479 '547.489.00"*.

ix.- Que en este último acuerdo de voluntades también se acordó que EL CONTRATISTA le facturaría al *"PROMOTOR, es decir a CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S."* el valor del contrato.

x.- Que la *"fabricación, suministro e instalación objeto del contrato"* se realizó conforme a lo acordado, y que el "contratante" quedó adeudando un saldo de \$382.657.389.00, más otros por valor de \$34.860.000.00, derivado de las obligaciones contenidas en el "otro si No 2" del contrato No.166, el cual había sido suscrito el día 6 de noviembre de 2015, y otro correspondiente al valor de las facturas Nos. 2453 y 2454 del 13 de junio de 2016 por una suma de \$29.485.664.00, para un gran total de \$475.159.001.00.

xi.- Que una vez *"terminado y cumplido el objeto de los contratos referidos"* procedió a realizar el cobro de *"las acreencias"*, mediante (...) *cuentas de cobro que se relacionan a partir del 9 de marzo de 2016 a 13 de agosto de 2018, remitidas a CENTRO COMERCIAL CENTRO CARTAGENA S.A.S. y la sociedad TENCO S.A. (...)"*

xii.- Que el día 23 de marzo de 2018, **ATEMKA LTDA** recibió una consignación bancaria efectuada por **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** por valor de *"15 '000.000.00"*, la cual *"fuera confirmada, como abono a lo adeudado, el 27 de marzo de 2018"* por la Ingeniera Gloria Esmeralda Pérez a través de correo electrónico.¹

1.2.- De la contestación que a esos hechos formuló la Convocada TENCO S.A.

¹ Mediante escrito radicado por la convocante el 20 de agosto de 2019, ella expresamente consignó que:
"Me permito, desistir de los hechos relacionados en el numeral NOVENO, DECIMO SEXTO y VIGECIMO (sic) SEPTIMO de la demanda inicial, por lo que solicito, no se tengan en cuenta en el libelo de la demanda arbitral".

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

Al responder el libelo formulado por el extremo actor, la convocada **TENCO S.A.** aceptó algunos hechos, y frente a la mayoría manifestó que no le constaban. Así, de modo resumido, sostuvo lo siguiente:

i.- Que dentro del contrato fiduciario suscrito por las partes con **FIDUCIARIA ALIANZA S.A.** el 30 de junio de 2010, **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** *"tuvo la calidad de fideicomitente A"*, y que allí esa última empresa *"declara que cuenta con la capacidad técnica, administrativa y financiera acordes con la magnitud del proyecto que desarrolla a través del fideicomiso, el cual será desarrollado por parte del gerente pero por cuenta y riesgo del fideicomitente A"*, mientras que, por su parte, **TENCO S.A.** figuraba como *"fideicomitente B"*, junto con otras sociedades.

ii.- Que, frente a los hechos relacionados con la suscripción de los contratos Nos. 147 y 166, en lo que tiene que ver con que la sociedad **TENCO S.A.** *"construye en calidad de MANDATARIO y que con base en dicho mandato"* suscribió esos acuerdos de voluntad con **ATEMKA**, ello *"era cierto"*, recalcando que la responsabilidad técnica, financiera y administrativa del proyecto recaía en la sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**

iii.- Que lo relacionado con la suscripción de los "otrosíes" 1 y 2 en ambos contratos era cierto.

iv.- Que no le constaban los hechos relativos a los saldos que la convocante aduce que el contratista le quedó debiendo como consecuencia de los contratos Nos. 147 y 166, toda vez que **TENCO S.A.** se había *"retir[ado] del proyecto el día 8 de marzo de 2016, debido a los incumplimientos de la sociedad CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S."*, y que así se lo había hecho saber a la convocante (la actora) el 30 de marzo de 2016.

v. Que no le constaba lo atinente a la transferencia que la demandante afirmó haber recibido por valor de \$15.000.000 de manos de **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, pero solicitó que se tuviera como confesado el hecho de que la convocante *"tiene pleno conocimiento"* de que quien está obligada *"al pago de los contratos y por consiguiente al pago de las facturas emitidas como consecuencia de la ejecución de tales contratos"* era **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**

1.3.- De las excepciones de mérito.

La Convocada **TENCO S.A.** formuló las excepciones de fondo que denominó *"Ausencia de título en contra de la demandada TENCO S.A."*; *"cobro de lo no debido"*, y *"la general"*.

Como sustento de la primera señaló, en esencia, que la Convocante **ATEMKA LTDA** estaba exigiéndole el cobro de unas obligaciones respecto de las cuales **TENCO S.A.** no estaba obligada a responder, pues ella solo actuaba, en el caso de ambos contratos (los Nos.147 y 166), como mandataria, y que el cobro de las facturas a las que se hace referencia en la demanda iban todas dirigidas a **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**

Hizo hincapié en el hecho de que en el contrato de fiducia mercantil en el que **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** actuó como *"fideicomitente A"*, se acordó que el proyecto quedaba *"bajo la exclusiva y única responsabilidad técnica, financiera, jurídica y administración del FIDEICOMITENTE A"*, razón por la cual **TENCO S.A.** no era la persona llamada a responder en este caso.

Como sustento de la segunda excepción, argumentó lo mismo que para la primera.

Finalmente, en relación con la tercera excepción planteada, solicitó al Tribunal acoger cualquier otra "*que resulte probada en desarrollo del proceso arbitral*", y que le pudiera favorecer sus intereses.

1.4.- De lo argüido por la Convocante al descorrer traslado.

ATEMKA LTDA replicó lo argumentado por su contraparte, señalando que ésta última pretendía desconocer la libre voluntad en la negociación contractual, la cual era ley para las partes, debido a que **TENCO S.A.** se había obligado con ella en la cláusula décima de ambos contratos, a "*pagarle (...) las sumas de dinero, en la forma prevista en el presente contrato*", sin que le fuera dable desconocerlo, invocando su calidad de mandataria.

Argumentó que **TENCO S.A.** no podía eximirse de responsabilidad ni desconocer el tenor de lo pactado en cuanto a la forma en que se realizaría el pago por el hecho de que las facturas se hubiesen presentado a su mandante **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, ya que ello no era otra cosa que "*uno de los tantos requisitos intrínsecos de los contratos pactados*". Además, que esa situación no podía entenderse como una "confesión" en el sentido que quería hacerlo ver la demandada.

Insistió en que, aunque no desconocía lo plasmado en el contrato de fiducia mercantil que dio como resultado la constitución del FIDEICOMISO NAO FUN & SHOPPING "*bajo la exclusiva y única responsabilidad de técnica, financiera, jurídica y administrativa del fideicomitente (CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.)*", en lo acordado en los contratos 147 y 166 no se le había endilgado "*tal obligación de pagar a ese tercero activo*", y por tanto **TENCO S.A.** debía cancelarle lo adeudado.

2.- De los contratos 147 y 166, y de su ejecución por las partes.

Dada la trascendencia que tienen el rol y los respectivos derechos y obligaciones que dentro de esos acuerdos de voluntades asumió la contratante y hoy en día convocada **TENCO S.A.**; con el propósito de dilucidar el problema jurídico consistente en definir si ella incumplió o no dichos negocios al no haberle pagado — de acuerdo con lo que al respecto afirma la convocante— las sumas de dinero que esta reclama a título de perjuicios materiales; el Tribunal debe, por un lado, aplicarse a estudiar esos contratos y, por el otro, analizar el comportamiento de las partes en la ejecución de los mismos.

2.1. La existencia de los contratos y su régimen jurídico.

El objeto y alcance del contrato No. 147 identificado como "*NAO Carp. Madera Hotel ZC (7), ATEMKA LTDA*"; el cual fue suscrito el día 01 de agosto de 2014 eran, en atención a lo dispuesto en su cláusula PRIMERA:

"EL CONTRATISTA se obliga con el CONTRATANTE a fabricar y/o ensamblar, suministrar e instalar en la obra y entregar funcionando a satisfacción, la FABRICACIÓN, SUMINISTRO E INSTALACIÓN A TODO COSTO DE LA CARPINTERÍA EN MANDERA (7) PARA LAS ZONAS PÚBLICAS HOTEL, PROYECTO NAO FUN & SHOPPING—CARTAGENA, con las especificaciones señaladas en el Anexo No. 2, por el sistema de precio unitario fijo, de acuerdo con el ANEXO No. 1, hasta entregar los trabajos a satisfacción, de conformidad con el alcance de el contrato, planos y especificaciones suministradas por EL CONTRATANTE los cuales se anexan y hacen parte integrante del presente contrato."

Por su parte, el objeto y alcance contractual del conocido como "166 NAO Fab. Sum. Inst. Carp. Madera (10), Hotel ATEMKA LTDA", suscrito el 13 de enero de 2015, consistía en la *"Fabricación, suministro e instalación a todo costo de la carpintería en madera (10) para las habitaciones del Hotel proyecto NAO FUN & SHOPPING-CARTAGENA"*.

Aun cuando muy similares en su objeto, la diferencia entre uno y otro radicaba en que, mientras las obras de carpintería del contrato No. 147 se realizarían en *"las zonas públicas"* del Hotel; las del contrato No. 166 se llevarían a cabo en *"las habitaciones"* de ese mismo inmueble.

En lo que concierne al valor de cada uno de ellos, las partes establecieron, respecto del contrato No. 147, que el precio de las obras era de \$123.454.185; y frente al No. 166 determinaron que su monto ascendía a \$479.547.489.00.

Circunscritos a la forma de pago,² en el párrafo primero de la cláusula OCTAVA se determinó que *"EL CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA únicamente las obras y trabajos que sean recibidos a satisfacción por EL CONTRATANTE, EL INTERVENTOR Y EL PROMOTOR"*; y en el numeral 2º de la cláusula DÉCIMA se estipuló que el contratante tendría la obligación de *"2) Pagar a EL CONTRATISTA las sumas de dinero, en la forma prevista en el presente contrato"*. (Ambas cláusulas son idénticas, tanto en el contrato No. 147 como en el No. 166).

Al concurrir al proceso en su calidad de integrante del extremo pasivo, la convocada **TENCO S.A.** no controvertió la existencia de los referidos contratos.

Empero, como dentro de ellos existen unos aspectos que quedaron vertidos en lo que las partes denominaron *"Consideraciones"*, y habida cuenta de que esas consideraciones establecidas por las contratantes impactan de manera directa y trascendental la resolución del conflicto, resulta necesario entonces auscultar con

² En concreto y respecto de la forma de pago, en la cláusula OCTAVA se acordó, en los términos más generales, resumidos y comunes para ambos contratos, lo siguiente: "(...) a) Un anticipo del 50% del costo directo del contrato (...) a más tardar a los 15 días calendario de presentada y aprobada la respectiva cuenta de cobro (...) b) 20% durante la ejecución de la carpintería en taller, para esto EL CONTRATANTE realizará una visita a EL CONTRATISTA y verificará el avance de los trabajos contratados. c) 20% contra instalación en la obra en Cartagena, mediante cortes de obra, de los cuales se levantarán actas, parciales que llevarán la firma de EL CONTRATISTA y EL CONTRATANTE. Los cortes para pago deberán presentarse con base en los informes de Avance de Obra que deberán entregarse catorcenalmente o mensualmente, dicho informe será la base para poder aprobar el pago. d) Del valor de cada uno de las facturas se descontará el porcentaje para amortizar el anticipo y se retendrá en garantía el diez por ciento (10%) (...)".

minuciosidad los escenarios jurídicos que de allí emergen, por lo que en los próximos apartados el Tribunal escindirá las dos clases de relaciones jurídico sustanciales que encuentra probadas, a saber:

2.2. Del contrato de obra o empresa.

El artículo 1973 del Código Civil dispone que:

"El arrendamiento es un contrato en que dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado".

Se trae a colación esta norma, no porque ella sea la que discipline el negocio jurídico que celebraron los contendientes, sino porque el último inciso del artículo 2053 de ese estatuto —a pesar de que se refiere a los contratos para la confección de una obra material— aun así contempla que "El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen".

Esta digresión resulta relevante en la medida en que ella deja en evidencia que, aun cuando se celebren contratos típicos que en principio exhiben sus propias características y elementos distintivos (por lo cual no deberían generarse disputas en cuanto a sus compromisos obligacionales); en virtud de esas hibridaciones del Derecho en algunas oportunidades los actos jurídicos se traslapan —al menos en apariencia— y ello produce como resultado una disonancia en la que el entendimiento de uno de los contratantes acerca de lo pactado con el otro, no coincide con la verdad de lo realmente acaecido, tal como se explicará más adelante.

Por ahora, se destaca que los contratos Nos. 147 y 166 son de obra o empresa, comoquiera que en palabras de autorizada doctrina nacional ellos fueron acordados por dos personas —en este caso **ATEMKA LTDA** y **TENCO S.A.**— que se obligaron entre sí, la una a llevar a cabo una tarea o labor determinada, y la otra a pagar por ello a la primera un precio o remuneración, pero sin que aquella se hubiera puesto bajo el servicio, subordinación o dependencia de esta³.

El contrato de obra o empresa es bilateral, y por ende sinalagmático perfecto, en razón a que desde el momento en que se celebra las partes quedan inmediatamente obligadas. Es, igualmente, oneroso, por cuanto implica que "al artífice, empresario o contratista, como quiera llamársele, ha de pagársele una remuneración por la obra que se obliga a ejecutar en beneficio de la otra parte"⁴. También suele ser conmutativo —sin perjuicio de que bajo determinadas circunstancias se torne aleatorio⁵— y, como para efectos de su perfeccionamiento no es menester acudir a ninguna formalidad *ad solemnitatem*, es, por consiguiente, consensual.

³ Cfr. Gómez Estrada, César. *De los principales contratos civiles*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 2008, p. 364.

⁴ Cfr. Gómez Estrada, *ib.*, p.364.

⁵ Como sucede, *verbi gratia*, cuando se pacta que el pago por la obra que ejecute el contratista se hará, no en dinero en efectivo sino en una participación en los rendimientos de la explotación de dicha obra.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-**

En relación con él, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

"4.5. En coherencia con lo discurrido, pertinente resulta anotar que en el ámbito privado[1], el contrato de obra civil tiene por objeto la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y remuneración[2].

En este último elemento, existen diferentes modalidades de pago del costo del negocio: (i) a precio global; (ii) a precios unitarios; y (iii) por administración delegada[3].

(i) En el primero, el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como subvención una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales.

(ii) En relación al segundo, la forma de retribución corresponde a unidades o cantidades de obra, y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar los montos de construcción ejecutados por el precio de cada una de ellos, obligándose el edificador-contratista a desarrollar las obras especificadas en el contrato[4].

La característica más notable de esta modalidad, la constituye el hecho de que el constructor se compromete, salvo expreso acuerdo en contrario, a sostener los precios unitarios originales estipulados para cada uno de los ítems de la obra realizada, aun cuando estos puedan sufrir alzas, riesgo que en la práctica puede recompensarse durante la ejecución o en la liquidación; o preverse, según las cláusulas de reajustes que, de común acuerdo, se pacten.

Dicho sistema, según lo han señalado algunos autores[5], se compone de dos clases: "unidad simple" y "unidad en el conjunto".

En el inicial, el contratista va ejecutando partes, unidades o piezas de la obra por un precio unitario determinado, sin establecerse el número a realizarse, en tanto, cada parte es independiente o separada. El constructor cumple su obligación entregando cualquier cantidad de tales unidades o piezas, cuyo precio unitario se convino dentro de cada trabajo a efectuar (terraplenamiento, mampostería, asfaltado, etc.).

En la "unidad en el conjunto", la unicidad no es considerada como una obra independiente; por cuanto el conjunto total de la construcción, así como su valor total, es el que resulta integrado por la suma de unidades o partes.

(iii) El convenio por administración delegada, típica del sector estatal, se enmarca en la especie del contrato de mandato, en donde la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante (mandante), pero a través de un contratista (mandatario) que sólo es representante de aquél, a cambio de unos honorarios previamente pactados[6]."⁶

Vistos desde esta sola perspectiva, resulta claro que los contratos sometidos a escrutinio en esta sede arbitral, tanto los primigenios como los "otrosíes" números 1 y 2 suscritos los días 24 de febrero de 2015 y 23 de abril de 2015 (en lo que

⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5568-2019 del 18 de diciembre de 2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

respecta al número 147)⁷; junto con los "*otrosíes*" números 1 y 2 que en relación con el contrato No. 166 se firmaron, en su orden, los días 27 de marzo de 2015 y 6 de septiembre de 2015⁸ son, como ya quedó establecido, de obra o empresa.

Asimismo, y en atención a las características que los identifican, una de las cuales es la bilateralidad, en abstracto es factible predicar que ante su incumplimiento por uno de los contratantes se abra paso la facultad del otro para comparecer ante este estrado, y reclamar, como pretensiones consecuenciales, la declaratoria de resolución contractual y el pago de los perjuicios que el accionante demuestre haber sufrido como consecuencia de esa conducta.

En adición a lo expuesto, y como en ningún momento de la actuación procesal **TENCO S.A.** adujo o invocó como mecanismo de defensa que por su lado **ATEMKA LTDA** hubiere incumplido los contratos de marras; este aspecto es pacífico y por tanto el *tema de prueba* se limitará a escudriñar si en su condición de convocada ella, vale decir, **TENCO S.A.**, honró o no sus compromisos en lo que tiene que ver con el pago de la remuneración por las obras que ejecutó la Convocante.

Desde la perspectiva de quien promovió el proceso arbitral, la demandada **TENCO S.A.** no cumplió sus obligaciones adquiridas en esta materia debido a que, pese a lo consignado en el numeral 2º la cláusula **DÉCIMA** de los contratos 147 y 166, no le pagó las sumas de dinero adeudadas.

No obstante, previo a arribar a la conclusión que en derecho corresponde, para lo cual —y como es apenas obvio— es ineludible valorar las demás pruebas, el Tribunal estima imperativo, como lo anunció en acápite precedente (*Supra 2.1.*), estudiar esa otra relación jurídica sustancial a la que las partes aludieron en el apartado de "*Consideraciones*", visible al inicio de los citados contratos.

Con ese fin se ocupará, primero, del contrato de mandato; y después pasará a las reglas de interpretación contractuales que contemplan los artículos 1618 a 1624 del Código Civil.

2.3. Del contrato de mandato.

Lo que de ordinario ocurre cuando se está en presencia de declaraciones de voluntad encaminadas a generar unas precisas obligaciones, es que ellas son producto de lo que sobre el particular expresa el contratante que está interesado en sus resultados o, lo que es igual, que quien emite la declaración o celebra el contrato es la misma persona que ha de quedar vinculada a los efectos jurídicos del acto. Cuando así sucede, hay plena coincidencia entre el sujeto contratante y el sujeto del interés que de esa declaración de voluntades se deriva.

⁷ En virtud del "*otrosí No.1*" se amplió el plazo y la vigencia inicial del contrato No. 147, por lo que este se extendió hasta el 5 de julio de 2015. Por su parte, mediante el "*otrosí No. 2*" se modificó el contrato en el sentido de (i) adicionar cantidades y nueva actividad de obra a ejecutar en el proyecto NAO FUN & SHOPPING—CARTAGENA, por valor de \$17.417.363; y (ii) ampliar su plazo de ejecución y vigencia hasta el 13 de agosto de 2015, lo que supuso un valor final de \$140.871.545.

⁸ Como resultado del "*otrosí No.1*" se contrataron nuevas actividades de obra en el mencionado proyecto por valor de \$504.527.123, y se amplió el plazo de ejecución del contrato No. 166 hasta el 30 de abril de 2015, motivo por el cual el valor aumentó a \$984.074.613. Luego, con la suscripción del "*otrosí No. 2*" se ampliaron nuevamente el plazo y la ejecución hasta el 5 de junio de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

Sin embargo, esa situación no es axiomática debido a que hay eventos en los que se bifurcan esas dos calidades, y si ello ocurre el sujeto que hace la declaración o que contrata es persona distinta al sujeto del interés. En esos supuestos "Una persona aparece haciendo la declaración o celebrando el contrato, y los efectos de aquella o de este no se van a producir sobre su propia órbita jurídica, sino sobre la órbita jurídica de una persona distinta"⁹.

En esta hipótesis se configura el fenómeno jurídico de la representación a que se refiere el artículo 1505 del Código Civil, conforme al cual "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

Como en la citada representación, quien actúa en calidad de representante concurre a la celebración del contrato, pero obra en interés ajeno, ello da lugar a una figura mucho más omnicomprendensiva que es la de la cooperación o colaboración en ese contrato ajeno. Las formas que puede adoptar este tipo de colaboración son múltiples, y así, verbigracia, encontramos al nuncio o mensajero; a los padres con respecto al hijo no emancipado e, incluso al juez en el caso del artículo 741 inciso 3° del Código Civil, que preceptúa que "En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal".

Ahora bien, a la par con los supuestos de colaboración o representación legal que se citaron a modo de ilustración; también coexisten los de representación voluntaria originados, naturalmente, en la voluntad privada. Dentro de estos, el ejemplo por antonomasia es el que emana del contrato de mandato del que se ocupan los artículos 2142 a 2199 del Código Civil, en armonía con los de los artículos 832 a 844 y 1262 a 1286 del Código de Comercio.

En lo que atañe a su definición, el artículo 2142 del Código Civil dice que:

"El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.
La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador y en general mandatario".

De igual modo y habida cuenta de que el mandato puede ser ejecutado con o sin representación¹⁰, el artículo 2177 del Código Civil prevé que:

⁹ *Op.cit.*, p.387.

¹⁰ En rigor esas expresiones, "*mandato representativo*" y "*mandato no representativo*", prohijadas por la Corte Suprema de Justicia, no son técnicamente correctas porque en el mandato siempre hay una representación. En consecuencia, hay que entenderlas en el sentido de que en algunos casos se puede ser mandatario y obrar como tal, sin que se le exhiba esa calidad a aquel con quien se contrata.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

"El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contestar¹¹ a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante".

En lo que concierne a la formación de este contrato, de antaño se ha dicho que él es el más consensual de todos por la facilidad con que la ley entiende expresada la voluntad de cada parte. Ciertamente, y en relación con el mandante, el artículo 2149 del Código Civil establece que:

"El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra".

Frente al mandatario, el artículo 2150 del Código Civil dispone que *"El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación"* de este, la cual puede ser *"expresa o tácita"*. Es tácita cuando el mandatario adelanta *"todo acto en ejecución del mandato"*, por lo que aceptado *"no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes"*.

Pues bien, con fundamento en las disposiciones legales enantes transcritas, no hay duda entonces de que el mandato se perfecciona con la simple aquiescencia de las partes, y sin que se necesite que la declaración de voluntad o consentimiento del mandante, así como la del mandatario, se sometan en su exteriorización a alguna clase de formalidades.

2.4. De las "Consideraciones" de los contratos 147 y 166.

Como elemento común a los dos contratos de obra que suscribieron Convocante y Convocada, encontramos el que ellas denominaron:

II. CONSIDERACIONES

Que la SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA constituyó el contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria FIDEICOMISO NAO FUN & SHOPPING para adelantar el desarrollo del proyecto de uso mixto denominado NAO FUN & SHOPPING ubicado en la ciudad de Cartagena, sector de Bocagrande, entre las carreras 1 y Av. San Martín y la calle 5.
Que el 20 de Marzo de 2009, las firmas ESPACIOS URBANOS S.A., TENCO S.A., y G.V.A. y asociados presentaron a la mencionada sociedad, una oferta mercantil para adelantar la conceptualización, diseño, gerencia, ventas y construcción del proyecto.
Que el 17 de Abril de 2009, fue aceptada la oferta mercantil.
Que la gerencia del proyecto la adelanta la empresa GESTIÓN S&G S.A.S.
Que se celebró el FIDEICOMISO NAO FUN & SHOPPING y que son fideicomitentes y beneficiarios del mismo las sociedades ARQUITECTOS INTERNACIONALES SAS, GVA & ASOCIADOS, TENCO S.A., ESPACIOS URBANOS S.A. Y GESTIÓN S&G S.A.S., quienes aportarán al FIDEICOMISO las labores de Conceptualización, Gerencia de Proyecto, Diseño Arquitectónico, Construcción y Comercialización del PROYECTO, todo de conformidad con la mencionada oferta y su aceptación.
Que el proyecto cuenta con la licencia de construcción según resolución No. 0024 del 24 de febrero de 2.011 expedida por el Curador Urbano No. 2 de la ciudad de Cartagena.
Que LA SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA contrató la ejecución de los siguientes diseños y estudios técnicos con los consultores y/o diseñadores que se relacionan a continuación:
ESTUDIO DE SUELOS: E Y R ESPINOSA Y RESTREPO S.A.

¹¹ Obviamente se trata de un *lapsus calami*, por lo que "contestar" debe entenderse como "contratar".

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

DISEÑO ESTRUCTURAL: INGEYMA LTDA.
DISEÑO ELECTRICO: DISEÑOS ELECTRICOS JULIO GARCIA Y ASOCIADOS
DISEÑO HIDROSANITARIO: ING. MAURICIO ALBERTO LOPEZ PELÁEZ
DISEÑO DE SEGURIDAD: ING. IVÁN JARAMILLO JARAMILLO
DISEÑO DE ILUMINACIÓN: GESTION - E
DISEÑO DE AIRES ACONDICIONADOS Y VENTILACIÓN MECÁNICA: ALVARO TAPIAS & CIA. LTDA.
DISEÑO INTERIOR: SALAZAR POSADA ARQUITECTOS
Que LA SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA ha designado a la firma Construcciones de Colombia LTDA - CONCOL -, en adelante EL INTERVENTOR, para que adelante la Interventoría del proyecto.
Que la sociedad TENCO S.A., que en adelante se denominará EL CONTRATANTE, construye en calidad de MANDATARIO el mencionado proyecto.
Que con base en dicho mandato TENCO S.A. se encuentran interesado en contratar para adelantar por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, la FABRICACION, SUMINISTRO E INSTALACION A TODO COSTO DE LA CARPINTERIA EN MADERA (7) PARA LAS ZONAS PÚBLICAS HOTEL, PROYECTO NAO FUN & SHOPPING - CARTAGENA.
Que EL CONTRATISTA tiene experiencia en la prestación de los servicios contratados, conoce los planos y especificaciones del proyecto bajo las cuales desarrollará las actividades contratadas y ha visitado y conoce el lugar donde se adelantarán los trabajos.
Que el CONTRATISTA facturará el valor del presente contrato a EL PROMOTOR, es decir a CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. con NIT. No. 830.504.751 - 8.
Que EL CONTRATISTA prestará los servicios relacionados en este contrato con sujeción a los parámetros indicados en este documento, que se regirá por las siguientes cláusulas:

Para los fines a los que se contrae este laudo, y en especial con el propósito de dilucidar si resulta procedente acoger o no los medios exceptivos que alegó la convocada **TENCO S.A.**, transcritos del anterior texto el Tribunal destaca estos apartes:

i.- Que la **SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA** constituyó un contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria **FIDEICOMISO NAO FUN & SHOPPING**, para adelantar el desarrollo del proyecto de uso mixto denominado **NAO FUN & SHOPPING** ubicado en esa ciudad, sector de Bocagrande, entre las carreras 1 y Av. San Martín y la Calle 5.

ii.- Que en el citado fideicomiso **TENCO S.A.**, junto con otras personas jurídicas, es fideicomitente y beneficiaria, y que su aporte se circunscribió a la construcción del proyecto.

iii.- *"Que la sociedad **TENCO S.A.**, que en adelante se denominará **EL CONTRATANTE**, construye en calidad de **MANDATARIO** el mencionado proyecto"; y que "con base en dicho mandato **TENCO S.A.** se encuentran (sic) interesado en contratar para adelantar por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, la FABRICACIÓN, SUMINISTRO E INSTALACIÓN A TODO COSTO DE LA CARPINTERÍA EN MADERA [7 ó 10, según se lea el contrato 147 o el 166] PARA LAS ZONAS PÚBLICAS HOTEL, PROYECTO NAO FUN & SHOPPING—Cartagena".*

iv.- Que la contratista y ahora convocante **ATEMKA LTDA** tiene la experiencia requerida para *"la prestación de los servicios contratados, conoce los planos y especificaciones del proyecto bajo los cuales desarrollará las actividades contratadas y ha visitado y conoce el lugar donde se adelantarán los trabajos"* y,

v.- Que *"**EL CONTRATISTA** [no solo] facturará el valor del presente contrato a **EL PROMOTOR**, es decir, a **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** con NIT No. 830.504.751-8"; sino que además "**EL CONTRATISTA** prestará los servicios relacionados en este contrato con sujeción a los parámetros indicados en este documento (...)"*.

Si estos enunciados contractuales se contrastan con los elementos del contrato de mandato explicado en precedencia, de inmediato se advierte que en el asunto que nos concita refulge con diafanidad el hecho de que la convocada **TENCO S.A.** actuó —dentro de los contratos de obra celebrados con **ATEMKA LTDA**—, en su condición

de mandataria de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, y no en nombre propio.

Bajo esta premisa, que el Tribunal encuentra demostrada, no hay lugar a estimar las pretensiones que en contra de **TENCO S.A.** formuló la convocante, y por el contrario lo que se impone es declarar probada la excepción perentoria que aquella denominó como "*Ausencia de título*".

Para dar cuenta de las razones en que se cimenta dicho aserto —y antes de entrar al estudio del material probatorio— el Tribunal considera conveniente valerse de las piezas argumentativas que a continuación se indican:

a.- ¿Está acreditada la existencia del contrato de mandato celebrado entre la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y la empresa **TENCO S.A.**?

Por supuesto que sí, ya que, como se desprende del artículo 2149 del Código Civil, al no tener la connotación de solemne el mandato se perfeccionó con el simple consentimiento de las partes, y por tanto respecto de la mandante bastó con que —a falta de escritura pública o privada— ella hubiera expresado su consentimiento con la labor que cumplió la mandataria **TENCO S.A.**, como en efecto lo hizo, mediante "*(...) cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita (...)*" de "*la gestión de sus negocios*" que en su nombre realizó esta convocada.

b.- ¿Desde la arista de **TENCO S.A.**, quedó consignado su consentimiento para fungir como mandataria de la anterior entidad?

A voces del artículo 2150 del Código Civil, la respuesta a ese interrogante es unívoca e inequívoca: Sí, así fue porque para ese fin era suficiente, como lo dispone esa norma legal, que la mandataria aceptara el encargo, ora de manera expresa o bien en forma tácita. La primera, haciendo declaración directa de que lo aceptó; y la segunda, ejecutando actos que con nitidez dejaron al descubierto su voluntad de haber aceptado la gestión que se le había confiado.

Con todo, como el Tribunal no pretende soslayar la existencia de la cláusula **DÉCIMA** de los contratos 147 y 166 (en la que se estableció que el contratante **TENCO S.A.** adquiría para con **ATEMKA LTDA** la obligación de "... 2) *Pagar al CONTRATISTA las sumas de dinero, en la forma prevista en el presente contrato*"); con el ánimo de despejar cualquier incertidumbre que de este canon contractual pudiera generarse, y por esa vía dejar en claro que dicha cláusula no desvirtúa el carácter de mandataria que asumió **TECNO S.A.**, en el siguiente acápite se hará un somero análisis de las reglas de hermenéutica que se les aplican a los contratos.

2.5. De la interpretación de los contratos.

Sabido es que el negocio jurídico es un acto de la autonomía de la voluntad privada encaminado a producir efectos determinados por quienes lo expresan, el cual, dada su relevancia, es protegido por el ordenamiento positivo.

Sus elementos primordiales son: la manifestación de voluntad, entendida como consentimiento; el objeto y sus respectivas formalidades en los casos en los que a ellas haya lugar. Adicionalmente, hay que recordar que en la legislación nacional y de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia; las que son de su naturaleza y las puramente accidentales.

En el contrato de obra o empresa celebrado entre **ATEMKA LTDA** y **TENCO S.A.**, de contenido oneroso, hay dos elementos identificados como esenciales: la obra que se contrató y ejecutó, y el acuerdo sobre la remuneración.

Sin embargo, es menester diferenciar entre el *precio* y el *pago*. Aquel es, en su acepción lata "el valor pecuniario en que se estima alguna cosa"¹². En sentido jurídico, y limitado al contrato de empresa, es la contraprestación consistente en la suma de dinero que se entrega por la ejecución de la obra. Es, según se dijo, un elemento de la "esencia" de ese acto jurídico.

En cambio, este, el pago y, más concretamente *pagar*, significa "*solucionar, cumplir, cancelar, satisfacer una obligación*"¹³. El *pago*, como cumplimiento, es uno de los modos de extinguir las obligaciones, y su naturaleza es la de un "acto jurídico calificado: acto de autonomía privada, o sea que es un negocio jurídico". Mientras la falta del *precio* en los contratos onerosos conduce a la inexistencia del negocio; la ausencia de *pago* genera su incumplimiento, aspectos estos que son diametralmente opuestos.

Por su parte, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que "*El pago efectivo es la prestación de lo que se debe*"; y el 1630 inciso 1º establece que "*puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor*".

Traídas estas disquisiciones a los negocios jurídicos materia de juzgamiento, y puesta la atención acerca de cuál es el genuino sentido y efecto del numeral 2º de la cláusula **DÉCIMA** de los contratos 147 y 166 (dentro de los cuales se insertaron unas "*Consideraciones*" que evidencian otro vínculo contractual, como es el de mandato), se advierte la conveniencia de que una cláusula de ese talante sea interpretada, en la medida en que en las mencionadas "*Consideraciones*" también se estipuló que el contratista le facturaría al promotor (**CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**) el valor de los susodichos contratos 147 y 166.

Para arribar a este cometido hay que tener presente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, quien a efectos de resolver los conflictos hermenéuticos que surgen de los negocios jurídicos, ha aplicado de la siguiente manera las pautas conocidas como de la *intención* y la *especialidad*:

¹² Cfr. Escriche, J. *Diccionario razonado de la legislación y jurisprudencia*. Editorial de la señora Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja. Madrid, 1847, p. 538.

¹³ Cfr. Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. 3ª edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, p.573.

"5.3.4.1. En cuanto a la intención, bajo la lectura de los artículos 1618, 1619, 1620 y 1622 del C.C., corresponde indagar el querer común de los contratantes. Conforme a ese propósito, la Sala ha manifestado de manera expresa, cuál es el iter a seguir para precisar la convergencia de voluntades.

Inicialmente, partió de la relación existente entre la voluntad declarada (manifestada en forma oral o escrita) y la voluntad interna (la querida), para establecer que si la literalidad es precisa y certera en algunos apartados del contrato, deberán dilucidar las cláusulas sobre las cuales exista el desacuerdo interpretativo

Luego, en providencia de 5 de julio de 1983, se recalcó la fórmula de la diferenciación de la literalidad con la voluntad conjunta de los contratantes, al afirmar que los enunciados claros iluminan los oscuros, por cuanto "(...) el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas (...) precisas y sin asomo de ambigüedad, [por tanto], tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos"
No obstante, el mismo fallo precisó que la búsqueda de la intención común no se agota en el texto del contrato, sino que también, a juicio del juzgador, pueden acudir a otros medios, "(...) como las circunstancias previas y posteriores al negocio, las costumbres de las partes, los usos del lugar en donde han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con la aprobación de otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes"
(...)

5.3.4.2. El segundo criterio, relativo a la regla de interpretación por la especialidad del contrato, tiene fundamento en el artículo 1621 del C.C., el cual, por una parte, refiere que debe estarse con la "(...) que mejor cuadre con su naturaleza"; y por la otra, presumirse la existencia de las "(...) cláusulas de uso común"

El primer supuesto, según lo afirmó esta Corte en sentencia de 28 de febrero de 2005, exp. 750421, reiterada, entre otras, el 13 de mayo de 2014 (SC 5851), exige realizar un "juicio de adecuación jurídica y socioeconómica", implicando establecer cuáles son las atribuciones y finalidades patrimoniales que ejercieron los contratantes durante el desarrollo del contrato.

Ante todo, dicha indagación, debe evidenciar que el consentimiento privado se orientó a celebrar un contrato específico, con o sin funciones económicas, o de naturaleza mixta, amparando así la libertad contractual de las partes, evitando analogías o extensiones hermenéuticas no autorizadas. El último supuesto, el atinente a "presumir las cláusulas de uso común", no es más que el eco del artículo 1546 del C.C., relativo a la presencia implícita de la condición resolutoria".

De otro lado, la doctrina más representativa en este campo ha efectuado igualmente estudios sobre el particular, y ha concluido que:

"Una interpretación equilibrada, amén que cauta y por ello conveniente, debe entonces primero procurar encontrar esa voluntad que, por intermedio de su exteriorización, revele lo realmente querido por las partes, artífices señeros del contrato, por supuesto sin alterar su plataforma, ni tampoco

recrear una voluntad inexistente o, por lo menos, enteramente divergente, tanto que se desdibuje el contenido del negocio jurídico celebrado, para lo cual podrá acudir a diferentes expedientes, por vía de ejemplo, con el propósito de auscultar el comportamiento interpartes a lo largo del iter contractual, incluso después de expirado el mismo (comportamientos anteriores, concomitantes o posteriores a la celebración del negocio jurídico, en general), o a considerar la naturaleza y la finalidad del tipo contractual celebrado.

Empero, si agotado ese camino, que debe ser emprendido en todo caso, con independencia del resultado obtenido, así se pueda intuir, incluso, no aflora la referida intención, o existen dudas tan profundas y consistentes que impidan su genuino o racional esclarecimiento, el intérprete podrá acudir a criterios de estirpe objetiva (...)¹⁴

Conforme a las señaladas directrices, el Tribunal encuentra que la presunta confrontación o disparidad entre lo consignado en la cláusula **DÉCIMA** y lo dispuesto en el penúltimo párrafo de la parte de las *Consideraciones* de los contratos 147 y 166 era más aparente que real, al punto de que, como se comprobará con el caudal probatorio que pasa a analizarse; del comportamiento que asumieron los contratantes durante la celebración, desarrollo, ejecución y terminación de esos negocios jurídico se concluye, con absoluta diafanidad, que ellos tuvieron siempre en claro qué alcance tenían esos preceptos y a quién le correspondía en realidad pagar el precio de las obras ejecutadas.

3. En cuanto a las pruebas.

El arsenal probatorio recaudado durante el decurso del proceso debe ser valorado en conjunto, de acuerdo con las reglas de la persuasión racional, esto es, las leyes de la ciencia, los postulados de la lógica y las máximas de la experiencia; asignándoles el mérito que a cada cual le corresponda con el fin de establecer las adecuadas consecuencias jurídicas que de allí se deriven.

Por ese motivo, para que el Tribunal pase del estadio de incertidumbre en que se encontraba al inicio de la actuación y en su lugar alcance el nivel de conocimiento superior que le permita arribar a la certeza de lo acaecido, es ineludible, en cumplimiento del mandato del artículo 164 del C.G.P., que aprehenda y valore cada una de las siguientes pruebas que militan en el expediente:

3.1. La confesión judicial.

En relación con este medio de prueba, el artículo 193 del C.G.P. dispone que:

¹⁴ Cfr. Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2016, p. 125.

"La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita".

Dentro de esta misma línea normativa, el artículo 191, *ejusdem*, exige como requisitos que ha de tener la confesión, además de la capacidad para hacerla, el que ella verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; que se realice de manera expresa, consciente y libre; y que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.

En el caso bajo examen el vocero judicial de la Convocante afirmó, en los numerales segundo, tercero, sexto y décimo tercero de los hechos de la demanda (i) Que la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** había constituido un contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria para adelantar el desarrollo del proyecto de uso mixto ubicado en esa capital; (ii) Que **TENCO S.A.** le había presentado a esa sociedad constructora una oferta mercantil para adelantar una serie de labores dentro del citado proyecto, dentro de la que se encontraba la construcción del mismo; (iii) Que habiéndole sido aceptada su oferta, la convocada **TENCO S.A.** construiría *"en calidad de **MANDATARIO**, y que con base en dicho mandato"* fue que suscribió los contratos de obra Nos. 147 y 166, en los que ella actuó como contratante y **ATEMKA LTDA** lo hizo como contratista.

Siendo así, este panel arbitral tiene el pleno convencimiento, porque quedó demostrado con la confesión que hizo por conducto de su procurador judicial, que cuando la convocada **ATEMKA LTDA** suscribió los aludidos contratos, ya sabía que la calidad en que actuaba la contratante **TENCO S.A.** era en la de mandataria de la promotora **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**

Esa condición —la de actuar como mera mandataria y la de que **ATEMKA LTDA** era consciente de ella— se desprende no solo de la mencionada confesión sino del hecho de que la Convocada **TENCO S.A.** la invocó expresamente en las *"Consideraciones"* de los mencionados contratos.

Por consiguiente, y producto de los efectos de la representación directa o inmediata que contempla el artículo 1505 del Código Civil, los resultados jurídicos y económicos, tanto activos como pasivos que emanaron de tales acuerdos negociables, se produjeron en la órbita o ámbito patrimonial de la mandante a quien se representó, como si ella misma hubiere sido quien los celebró.

Más aún, esos efectos nacieron de forma inmediata para el mandante, y contra el mandante, sin que hubieran pasado por el patrimonio de la mandataria, puesto que esta, como lo declaró al suscribir los contratos, lo hizo en nombre de su mandante y por ende bajo la figura de lo que la doctrina llama *contemplatio domini*¹⁵

¹⁵ Cfr. Gómez, *ib.*, p. 420.

Estas aseveraciones fueron ratificadas, como pasa a exponerse, con estas otras probanzas.

3.2. El responsable del pago.

Conforme lo explicó el Tribunal, una cosa es el precio y otra muy distinta es el pago. En los contratos de obra sobre los que gravita la decisión arbitral, lo atinente a quién debía pagarle a la contratista **ATEMKA LTDA** su respectiva remuneración es algo que, con estribo en lo pactado en las "*Consideraciones*" y en aplicación de las reglas hermenéuticas ya vistas, no ofrece ninguna dificultad.

Sobre el particular, y como se ha indicado en múltiples oportunidades, en las "*Consideraciones*" contractuales se dispuso que la contratista le facturaría a la promotora el valor que tenían las respectivas obras o, lo que es lo mismo, que esa facturación y pago estaría a cargo de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**

Incluso, para abundar en razones que enfatizan que la convocada conocía de antemano la dinámica a la que se sujetaría su remuneración, y que no le era desconocida, indiferente ni anodina la necesaria presencia de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** para poder obtenerla, en el párrafo primero de la cláusula **OCTAVA** quedó establecido que "***EL CONTRATANTE*** *pagará a EL CONTRATISTA únicamente las obras y trabajos que sean recibidos a satisfacción por EL CONTRATANTE, EI INTERVENTOR Y EL PROMOTOR*"; y a lo largo de toda la cláusula **NOVENA** se hace expresa mención de las prolijas obligaciones que como contratista **ATEMKA** adquirió para con dicha promotora, que era quien debería facturarle.

No hay pues, ni nunca hubo, ninguna antinomia entre las "*Consideraciones*" y el numeral 2º de la cláusula **DÉCIMA**, en razón a que si desde el comienzo se exteriorizó que la calidad en la que **TENCO S.A.** concurría a suscribir el contrato de obra con **ATEMKA LTDA** era en la de mandataria de la promotora y simultáneamente **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**; es apenas lógico que esos cánones -que se convirtieron en ley de los contratos- se hubieran redactado de ese modo.

Y tan es así, es decir, tan diáfano y evidente resultó el entendimiento de los contratantes en este sentido, que la contratista —siempre y en todas las veces— le facturó a la mencionada promotora y jamás lo hizo frente a la convocante. Es más, la prueba testimonial, tanto la declaración de las partes como la del tercero, son unánimes en estos aspectos, y así se corrobora con el análisis de los próximos medios de convicción.

3.3. Las declaraciones de las partes y el testimonio del tercero.

Habiéndose decretado de oficio¹⁶ por el Tribunal los interrogatorios de los representantes legales de **ATEMKA LTDA** y **TENCO S.A.**, en su debida oportunidad ellos expusieron, en lo pertinente, que:

3.3.1. Interrogatorio de parte del señor Fernando Mauricio Rojas Herrera, representante legal de ATEMKA LTDA.

"DR. HERNÁNDEZ: Excúseme, fue con Tenco o fue con el constructor o fue con el interventor porque son tres entes distintos, con quién fue directamente su relación?"

SR. ROJAS: Con Tenco, Tenco fue el que me proporcionó los planos, Tenco era el que me solicitaba cómo se hacían las cosas, Tenco fue el que me dijo a quién debía facturar, cómo debía facturar, Tenco fue el que me hizo los cortes de obra para hacer cada uno de los pagos y poder facturar, previamente se hace un corte de obra aprobado por la obra y ese aprobado por la obra pues supongo que está aprobado por el interventor, por todos los interiores de los cuales yo tengo conocimiento y ellos decían sí, está aprobado este corte y ese corte nos lo enviaban y nos decían facture ese corte, está aprobado su corte factúrelo a nombre de la sociedad Constructora y páselo para su pago, para su respectiva factura, o sea emita la factura,

DR. HERNÁNDEZ: Quién les hacía el pago Tenco o la Constructora Cartagena?

SR. ROJAS: No, se hacía transferencia.

DR. HERNÁNDEZ: Pero quién hacía esa transferencia?

SR. ROJAS: Pues en realidad no sé quién exactamente hacía la transferencia a nosotros nos llegaba la plata, pero nosotros entregábamos en la obra donde estaba Tenco era donde entregábamos la factura, a nosotros nos la recibían en la obra.

DR. HERNÁNDEZ: Pero esas facturas iban dirigidas a quién?

SR. ROJAS: A la sociedad Constructora Cartagena, por qué, por qué se hacía así? Porque en el contrato cuando se firmó los señores que hicieron el contrato especificaron en una cláusula que ellos eran responsables del pago pero que ellos estaban solicitando que la factura se hiciera a nombre del promotor que era el Centro Comercial Cartagena y es una costumbre normal que se hace un contrato, es decir yo respondo y lo hago, pero recibo la facturación, pero haga la factura a tal persona el dueño, el que trae la plata, será la asociación, no sé, ya es otra cosa.

(...)

DR. HERNÁNDEZ: Por favor indíquenos si en algún momento ustedes recibieron algún pago respecto del cual tengan certeza, porque en una respuesta anterior dijo que no sabía quién hacía el pago porque hablaba de consignación electrónica, tengan certeza de un pago que

¹⁶ Aun cuando al contestar la demanda la convocada **TENCO S.A.** había solicitado el interrogatorio del representante legal de su contraparte, luego, y al inicio de la audiencia señalada para el efecto, desistió de esa prueba. Debido a esa circunstancia, y por estimar relevante el recaudo de este medio de convicción, el Tribunal procedió a decretar de oficio el mencionado interrogatorio.

hubiera sido efectuado bien sea por Tenco S.A. o por la Constructora Cartagena S.A.S. o eventualmente por el interventor o por alguna otra persona?

SR. ROJAS: Que si hubo un pago?

DR. HERNÁNDEZ: Sí.

SR. ROJAS: Sí, tengo entendido que hubo un pago muy pequeño porque como todo fue ya mañana le pago, mañana le pago, creo que nos hicieron un pago a través de una cuenta como por \$15 millones.

DR. HERNÁNDEZ: Quién hizo ese pago?

SR. ROJAS: Lo hizo la sociedad Constructora, bueno en realidad no sé, a donde me enviaron diciendo que él era también el dueño, es lo que yo también intenté buscar a las personas a ver quién me pagaba, porque nadie me pagaba.

(...)

DR. HERNÁNDEZ: Pero muy a propósito de lo que dice el doctor Germán voy a recabar sobre el punto, entre el momento de la celebración del contrato y el momento de la liquidación del mismo que ocurrió en marzo/16, usted nos ha dicho que fue atendido y así lo hemos comprendido todo el tiempo con Tenco, pero entre marzo/16 en adelante en algún momento reclamó directamente el pago a una entidad distinta de Tenco, quién?

SR. ROJAS: Sí, porque los señores de Tenco me remitieron también a que el promotor o el dueño, algo así eran unas personas que tenían algo que ver con Fedco, sí claramente Fedco las personas de los perfumes y ellos tienen una sede en la Foresta en mi ánimo de que alguien me pagara fui allá, venga necesito unas facturas qué pasa, no es que aquí Fedco no sé, necesito hablar con alguien porque me dicen que ustedes también tienen algo que ver en esto.

Entonces me atendió una abogada de apellido Pareja, es que mire también nosotros estamos no sé cuál será su relación con los contratantes pero nosotros vamos a ver cómo les pagamos y tenemos unos problemas y les pagamos pero para mí yo nunca había ido allá a suscribir ningún contrato ni nada, fui a cobrar y me atendió alguien y me dijo que sí, que iban a mirar cómo nos pagaban fui 3, 5 veces y me dijeron que me pagaban ustedes me dijeron que también me pagaban, pues a eso a insistir en el pago.

DR. HERNÁNDEZ: En las consideraciones del contrato se dice que el contratista facturará el valor del presente contrato al promotor, es decir a Constructora Centro Comercio Cartagena S.A.S.?

SR. ROJAS: Sí señor.

(...)

DR. HERNÁNDEZ: Pero no ha respondido la pregunta es directa, le cobró usted directamente a la sociedad Constructora Centro Comercial?

SR. ROJAS: Sí claro, sí le cobré, sí le cobré.

DR. HERNÁNDEZ: En varias ocasiones?

SR. ROJAS: En muchas ocasiones y lo hice anteriormente también, de pronto en vista de la insistencia, de la molestadera o algo el pago de ellos fue \$15 millones.

(...)

DR. GAMBOA: Aquí se nos ha informado que el valor de las facturas que ustedes debían expedir se informaba a través de correos electrónicos, quién hacía el correo electrónico proveniente de Tenco y se dirigía a Atemka, quién en Tenco y cuál era su rol dentro de Tenco enviaba ese correo electrónico y quién recibía en Atemka ese correo electrónico?

SR. ROJAS: Tengo aquí.

DR. GAMBOA: No, si se acuerda.

SR. ROJAS: No, las personas de la obra cuando hacían el corte creo que era un señor Pantoja, él era el que enviaba los correos y decía les estoy enviando el otrosí, perdón, le estoy enviando la factura correspondiente al corte número tal, así fue con el 1, con el 2, con el 3, al contrato tal para su respectiva facturación, por favor hacer la cuenta a nombre de la sociedad Constructora Cartagena, NIT no sé qué, envíenos a la obra los documentos.

DR. GAMBOA: Ese señor Pantoja que usted menciona trabaja en Tenco?

SR. ROJAS: En Tenco.

DR. GAMBOA: Qué calidad tenía en Tenco, cuál era su función?

SR. ROJAS: Supongo que era el administrador, pero no sé si era arquitecto o era el que de pronto hacía las cuentas, pero todos los correos que incluso todos los correos, porque por casualidad yo tengo correos aquí, de pronto no las cantidades, pero sí tengo todos los que están dirigidos desde las oficinas de Tenco con papel de Tenco, membreteados de Tenco, diciéndonos que es un empleado de Tenco donde nos solicita que hagamos la factura y que la hagamos siempre insistía en que hagamos a nombre de la sociedad Constructora como está en el contrato."

Más adelante, este mismo deponente respondió que:

"DR. GAMBOA: Quiero tener también una última pregunta con la venia de mis coárbitros, le he entendido que Atemka recibió unos pagos a través de unos giros y un pago de 15 millones si mal no recuerdo en la oficina de Fedco por concepto de todas las facturas que fueron dirigidas a la sociedad Constructora Centro Comercial Cartagena, me es muy importante que usted me informe, no hemos podido tener claridad quién erogó, quién pagó, de dónde salió el cheque para el caso de lo que usted nos comentó acá o de la cuenta de quién salió los pagos que se hicieron a través de las transferencias que se ha hecho mención acá?

SR. ROJAS: Nosotros nunca, los pagos nunca se hicieron en cheque, todo fue transferencia de cuentas.

DR. GAMBOA: Los \$15 millones que usted nos hizo mención?

SR. ROJAS: También fue transferencia.

DR. GAMBOA: Los pagos anteriores?

SR. ROJAS: Transferencia...

DR. GAMBOA: De quién provenían esos pagos, tanto los 15 de Fedco y los pagos anteriores?

SR. ROJAS: Bueno tengo entendido que los pagos las transferencias, supongo que la cuenta venía de una fiducia.

DR. GAMBOA: De una fiducia, usted tiene certeza de esa información?

SR. ROJAS: Pues es que uno a veces no exactamente sabe quién es el que gira pero creería que le podía decir que sí tengo certeza porque nunca hubo nada y siempre eran las mismas transferencias y es una fiducia, entonces sí es una fiducia y también tengo certeza de que los \$15 millones fueron de una cuenta de Bancolombia, pero eso sí ya no sé si se llamará Fedco o si se llamara el señor de Fedco, no nada, solamente \$15 millones y lo supe porque en medio de estar con la insistencia de que nos pagaran ellos sí, le vamos a cancelar y transfirieron \$15 millones y nos dimos cuenta que era una cuenta del Bancolombia.”

3.3.2. Interrogatorio de parte del señor Julio Humberto Ortiz Eraso, representante legal de TENCO S.A.S.

Al absolver el cuestionario formulado por el Tribunal, el absolvente manifestó:

“DR. HERNÁNDEZ: Hemos tenido como panel arbitral distintas inquietudes en relación con quiénes eran exactamente los responsables de hacer el pago de las facturas que presentaba la convocante Atemka y hemos tenido esas dificultades porque en las consideraciones del contrato que su empresa Tenco S.A. firmó con la aquí convocante Atemka S.A.S., se dijo que el contratista facturaría el valor del contrato al promotor, es decir a Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., pero en la cláusula décima de ese contrato se estableció con nitidez que era el contratante esto es Tenco S.A. 2 quien debía pagar al contratista las sumas de dinero en la forma prevista en el presente contrato, en consecuencia sírvase explicarnos con precisión ese aspecto.

SR. ORTIZ: Las facturas que nos, es decir por el desarrollo de la obra, las facturas que nos hacían los contratistas, subcontratistas, los proveedores se hacían a nombre de Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. y ellos eran los encargados de pagar cada una de esas facturas.

Lo que Tenco S.A. como constructor hacía era contratar a nombre de Constructora Centro Comercial Cartagena las obras a ejecutar y vigilar porque esas obras se realicen, hacer los cortes de obra a los contratistas según fueran desarrollando la obra y revisar y aprobar que las facturas que ellos hacían a la obra estén en concordancia con dichos cortes.

Esa aprobación hecha por el personal de Tenco también cada factura era llevada a la interventoría y la interventoría también hacía su respectiva revisión y aprobación de la factura, después de haber hecho el proceso en la obra se hacía una relación de esas facturas, una relación que llevamos de costos y gastos y esa

relación se enviaba a Constructora Centro Comercial Cartagena para que efectuara los pagos, por eso ellos realizaban los pagos a cada contratista, nosotros Tenco S.A. no lo hacía.

(...)

DR. VILLAMIL: El pago se hacía directamente por la sociedad promotora o ella le suministraba los recursos a ustedes y ustedes a su turno pagaban?

SR. ORTIZ: No, lo hacían directamente, nosotros no recibíamos, Tenco no recibía plata para hacer los pagos, lo hacían directamente vía transacción, consignación directa digamos a las cuentas de los contratistas.

(...)

DR. HERNÁNDEZ: Es decir con base en lo que nos acaba de manifestar que en principio Tenco no tendría por qué ser deudora por ningún concepto respecto de Atemka o no es así?

SR. ORTIZ: Sí señor.

DR. HERNÁNDEZ: Y si así es entonces por qué por ejemplo en la cláusula décima octava se dice en relación con la cláusula penal pecuniaria en la parte pertinente lo siguiente: "Dicha suma podrá ser descontada de las sumas que el contratante, es decir Tenco, adeude a la contratista." Entonces si de acuerdo con usted Tenco no tenía por qué haber pagado nada a Atemka, por qué se estipuló aquí que eventualmente sí podía haber sido deudora Tenco como contratante de la contratista Atemka?

SR. ORTIZ: Yo interpreto eso como Tenco como mandatario o como realiza la obra por mandato de Constructora Centro Comercial Cartagena, tenía que velar por los intereses de Constructora Centro Comercial Cartagena y si Atemka debía algún dinero o se debía descontar algún dinero por la ejecución de una obra mal hecha o de mala calidad o que no cumplía con las especificaciones que estaban en el contrato que ellos debía cumplir debíamos hacer esos descuentos, la empresa como mandataria tiene que hacer esos descuentos, pero es a nombre de la empresa mandante, entonces en ese momento sí deberíamos nosotros hacer esos descuentos, descuentos que obviamente eran trasladados vía cuenta a Constructora Centro Comercial Cartagena, es como yo lo veo y como pudo suceder, no sé si con Atemka o con los contratistas.

DR. HERNÁNDEZ: Además de que en la cláusula décima del contrato en el numeral 2º se dice que es el contratista el que le pagará a Atemka, en la cláusula octava forma de pago, en el párrafo primero se reitera esa obligación en este sentido: "Párrafo Primero. El contratante, léase Tenco, pagará al contratista, vale decir Atemka, únicamente las obras y trabajos que sean recibidos a satisfacción por el contratante, el interventor y el promotor." Por consiguiente y siendo así, ratifica usted que definitivamente no era Tenco quien tenía que pagarle a la contratista Atemka?

SR. ORTIZ: No era Tenco quien le pagaba.

DR. HERNÁNDEZ: Entonces qué sentido tiene esta cláusula de este contrato, que al parecer fue probablemente la minuta redactada por ustedes?

SR. ORTIZ: El sentido es que al darle el visto bueno a los pagos, a las facturas que los contratistas presentan, se está autorizando el pago, pago que efectuaba Constructora Centro Comercial Cartagena como yo lo entiendo y como... en la obra.

DR. HERNÁNDEZ: Pero la autorización para el pago tenía que llevar el visto bueno de tres entidades el contratante, el interventor y el promotor, es así?

SR. ORTIZ: Así es, todas las facturas tenían el visto bueno de la Constructora... de la interventoría que era la empresa Concol y del promotor tenía los vistos buenos y con esos vistos buenos pasaba a Constructora Centro Comercial Cartagena.

(...)

DR. VILLAMIL: Cuando Atemka se acercó a ustedes reclamando el no pago de las facturas ustedes los instruían que tenían que ir a reclamarle directamente a la promotora del proyecto o cómo sucedían esas conversaciones, y cómo reaccionaron ustedes frente a la reclamación por el no pago

SR. ORTIZ: En la obra cuando estábamos realizando la obra si algunas facturas no eran canceladas o se cancelaban fraccionadamente, obviamente los contratistas acudían a nosotros porque nosotros éramos quienes estábamos en contacto con ellos, quienes dirigíamos la obra y quienes habíamos aprobado las cuentas.

Entonces lo primero que ellos hacían era obviamente llegar a Tenco S.A. y aún a la interventoría por qué no me han pagado y nosotros obviamente teníamos que hacer la tarea de preguntar en Constructora Centro Comercial Cartagena con alguna comunicación o verbalmente o al representante de ellos a la interventoría por qué o cuándo se va a cancelar y se hacía inclusive programación de desembolsos de dinero para cancelar a los diferentes contratistas y proveedores que teníamos en la obra, esa sí es una tarea que teníamos que hacer nosotros como contratistas, como constructores del proyecto.

DR. VILLAMIL: Pero la preciso la pregunta, no le decían a sus contratistas o subcontratistas tiene que ir a reclamar el pago a esta empresa, ustedes digamos internamente hablaban si le entendí bien, internamente hablaban con el promotor que había que pagar las facturas, pero no le decían a sus contratantes o sus contratistas vaya y reclámele directamente al responsable del pago?

SR. ORTIZ: Pues no, diría yo que ese no era el vocabulario normal, lo normal es decir hablamos con Constructora Centro Comercial Cartagena, se le pidió que hagan un programa de pago, ellos conocen todas las cuentas por pagar, quincenalmente o semanalmente se le hacían listados de cuentas por pagar.

Dentro del proceso nosotros hacíamos una relación de costos y gastos donde iban todas las facturas que se

debían pagar y también semanalmente se hacía una previsión de pago que era un cuadro donde se le estaba diciendo a Constructora Centro Comercial Cartagena pague este viernes o este viernes hay que pagar la cuenta de sutano o equis empresa y es una empresa contratista o es una empresa proveedora, porque normalmente se tienen créditos y se pagan a 30 días a 60 días. Entonces yo no podía mandar una relación de costos y gastos y decirle a la empresa tal páguele \$100 millones o páguele X cantidad si tenía un crédito de 40 o 60 días, entonces tenía que hacer la previsión de pago cuando se fuera a cumplir esa cuenta, o sea la cuenta podía estar un mes, dos meses en Constructora Centro Comercial Cartagena y le llegaba la previsión en donde le decía hay que pagar esto o también sucede que con la relación de costos y gastos algunas facturas de esas se tenían que pagar ya y entonces iban dentro de esa previsión."

Luego, inquirido acerca de la mecánica de la radicación y pago de las facturas que le presentaba **ATEMKA**, contestó:

"DR. HERNÁNDEZ: En el contrato de Tenco con Atemka, se dice que ésta última tenía que presentarle las facturas a la sociedad Constructora Centro Comercial Cartagena S.A., dónde tenía que radicar Atemka esas facturas?

SR. ORTIZ: Normalmente en la obra, en la obra sí señor.

DR. HERNÁNDEZ: Por qué razón en las facturas aparece como dirección Carrera 7ª No. 73-47 oficina 1102 esta dirección a qué entidad corresponde?

SR. ORTIZ: Esa es la dirección de Tenco.

DR. HERNÁNDEZ: Carrera 7ª No. 73-47 oficina 1102, es la dirección de Tenco?

SR. ORTIZ: Sí señor.

DR. HERNÁNDEZ: Y por qué razón entonces las facturas que van dirigidas a sociedad Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., tiene esa dirección y no la de Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S.?

SR. ORTIZ: No sabría decir, tal vez porque las enviaban a Tenco, pero no sabría yo responder eso.

DR. HERNÁNDEZ: Y si las recibía Tenco qué seguía de ahí en adelante, ustedes a su vez qué hacían con esas facturas?

SR. ORTIZ: Esas facturas obviamente las recibía Tenco normalmente en la obra, lo que seguía era hacer la revisión de cada factura que lo que estaban cobrando ahí se haya ejecutado en la obra, que esté hecho, que haya un corte de obra, que se pueda pagar, entonces con ese chequeo se pasaba a la interventoría para la aprobación y luego se mandaban a Constructora Centro Comercial Cartagena.

DR. HERNÁNDEZ: Al contestar la demanda ustedes Tenco S.A., manifestaron que mediante una comunicación del 8

de marzo/16 se había informado que Tenco se retiró del proyecto por incumplimiento de la sociedad Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., siendo así si desde el 8 de marzo/16 ya se había retirado Tenco S.A. de ese proyecto, por qué razón entonces aparecen firmando el acta de liquidación final de los contratos 147 y 166 el 30 de marzo/16?

SR. ORTIZ: Hasta donde recuerdo algunos contratistas Tenco realizó la liquidación que ya estaba en proceso, terminó la liquidación de las obras y les entregó a los contratistas esa liquidación, inclusive esa liquidación también fue enviada a Constructora Centro Comercial Cartagena."

3.3.3. Testimonio del señor Miguel Alberto Zambrano y exhibición de documentos.

Se relacionan estas dos pruebas en un mismo acápite, a pesar de ser de diversa naturaleza jurídica, porque ellas están íntimamente vinculadas en razón a que **TENCO S.A.** solicitó la exhibición de la contabilidad de **ATEMKA LTDA** correspondiente a los contratos 147 y 166; en asocio con la declaración del señor MIGUEL ALBERTO ZAMBRANO, quien es el revisor fiscal de la convocante.

En consecuencia, el deponente aportó los documentos de rigor y además respondió las preguntas que les formularon, tanto el Tribunal como los apoderados judiciales de las partes, así:

Preguntado por el Tribunal:

"DR. HERNÁNDEZ: Si usted necesita consultar algún documento, nos pide primero la autorización al panel arbitral a menos que se trate de escritos que vaya a aportar en desarrollo de su declaración, es la exigencia legal.

(...)

SR. ZAMBRANO: Correcto, como les decía desde el 2014 hasta el 2018 se tuvo movimientos con la Constructora de Cartagena donde se hicieron una serie de facturas que acabo de relacionar y hay unos movimientos, unos abonos que hicieron directamente ellos, conozco que hay unos otrosíes firmados que se hicieron y que se firmó también en Tenco donde autorizan que el origen de esto es que Tenco autoriza que se haga la facturación a la sociedad Constructora Centro Comercial Cartagena.

De ahí se desprende una deuda que también la dejo relacionada qué facturas son, de qué fecha son, hasta dónde abonaron o hasta dónde abonó la sociedad Constructora Cartagena en ese momento, prácticamente eso es lo que yo conozco de los contratos.

(...)

DR. HERNÁNDEZ: En el contrato que sirve de base de enero para poder discutir lo que aquí será objeto de resolución, se habla de que el contratante esto es Tenco

S.A. obra como mandataria del Centro Comercial Constructora Cartagena S.A.S. y si es así, por qué razón entonces ustedes le presentaban las facturas era a la Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. y no directamente a Tenco S.A.?

SR. ZAMBRANO: Porque Tenco S.A. dio la autorización, primero está dentro del contrato que dio la autorización que se facturara a la sociedad constructora y para poder hacer cada una de esas facturas ellos hacían un corte de obra, con ese corte de obra era la autorización para poder expedir la factura eso hay correos donde autoriza Tenco corte y no sé cuáles son los protocolos que manejan para pagar, pero nosotros con ese corte nos autorizaban a hacer la factura.

DR. HERNÁNDEZ: Sin perjuicio de lo que nosotros como Tribunal de Arbitramento verifiquemos ya con los documentos que nos acaban de aportar y demás que obran en el plenario, pero aprovechando su especial condición de revisor fiscal de la convocante, indíquenos si dentro del desarrollo de los contratos 147 y 166 algunas, todas o ninguna de las facturas que ustedes presentaron fueron pagadas directamente por Tenco o las facturas eran pagadas directamente por la promotora Constructora Cartagena S.A.S.?

SR. ZAMBRANO: Tengo entendido que las facturas o las pagaba la Constructora o la Fiduciaria, no sé exactamente me tocaría mirar el... dentro del extracto que también estoy adjuntando acá donde están relacionados los pagos que se han hecho pero queda muy difícil para mí decir fue Tenco o fue Constructora, pero Constructora a través de la Fiduciaria.

Entonces para mí... se hacían los pagos y como la factura está a nombre de la sociedad Constructora tocaba hacer el recibo a nombre de la sociedad Constructora.

DR. HERNÁNDEZ: No, por supuesto ahí no hay discusión y eso nos resulta claro, pero uno de los aspectos que está aquí en debate es ese, una cosa es que ustedes facturaran a la Constructora Cartagena S.A.S. pero la pregunta es quién les hacía efectivamente el pago, en algún momento les pagó directamente Tenco o nunca pagó Tenco?

SR. ZAMBRANO: No, no lo pagó Tenco, lo pagó la Fiduciaria alguno de los dos, porque dentro del contrato decía que se le facturara directamente a la sociedad Constructora.

DR. HERNÁNDEZ: Pero no obstante lo que usted nos acaba de afirmar en el contrato la verdad es que dice otra cosa y voy a ponerlo en conocimiento suyo para que nos explique esa circunstancia, en la cláusula décima del contrato dice: "Obligaciones del contratante. El contratante atenderá las siguientes obligaciones: 2. Pagar al contratista las sumas de dinero en la forma prevista en el presente contrato."

Entonces si bien es cierto al inicio del contrato dentro del acápite de consideraciones se dijo lo siguiente: "Que el contratista facturará el valor del presente contrato al promotor, es decir a Constructora Centro Comercial

Cartagena S.A.” No es menos cierto que en la cláusula décima se dice que quien debe pagarle a la contratista es el contratante y el contratante es Tenco S.A., por lo tanto y siendo así le reiteramos la inquietud Tenco entonces en algún momento pagó esas facturas de manera directa a la contratista Atemka Ltda. o nunca las pagó Tenco y siempre las pagó fue la Constructora?

SR. ZAMBRANO: Para poderle contestar la inquietud vamos a poner un ejemplo, hay una factura del 26 de enero/16 que quedó obviamente abonado a la facturación de la sociedad el cual se hace del... 800.194.297 no sé si será Tenco o será la Fiduciaria, per contablemente todo ha quedado registrado a nombre de la sociedad Constructora Centro Comercial Cartagena.

DR. HERNÁNDEZ: Cuál es el NIT a que usted se refiere en ese momento?

SR. ZAMBRANO: Aquí está el 800.194.297 que son los soportes del extracto bancario con el que se contabiliza el abono a las facturaciones que se han hecho a la sociedad.

DR. HERNÁNDEZ: Eso es para qué período, durante qué período?

SR. ZAMBRANO: Esto fue exactamente el 26 de enero/16, pero es que la contabilidad no puede abonarle ni a la Fiduciaria, ni a Tenco, nos está cancelando alguien a nombre de la sociedad Constructora, entonces se le abona a la sociedad Constructora y ahí están registrados todos los pagos...

(...)

SR. ZAMBRANO: Aquí hay otro extracto también de fecha 22 de diciembre/15 donde también se recibió de... fue de 800.194.297 que es el mismo que les acabé de decir de... no puedo saber a quién corresponde ese NIT si es la Constructora o...de la Fiduciaria.

DR. HERNÁNDEZ: El NIT es 800.194.297?

SR. ZAMBRANO: Sí señor hay dos ya con ese número de identificación, voy a mirar otro, en el recibo de caja también del 16 de abril/15 también el mismo NIT 800.194.297 hizo el depósito de abono a esa factura de \$75 millones, entonces esa entidad, esa empresa fue la que hizo los abonos.

(...)

SR. ZAMBRANO: Perdón doctor, lo que pasa es que la cifra es muy significativa, por ejemplo aquí hay una de \$189 millones, mucho más significativo que una de 13, el 22 de diciembre/15 abonó \$189 millones del mismo NIT 800.194.297.

(...)

DR. VILLAMIL: Los contratos tienen un procedimiento de autorizaciones previas para pagar las facturas, que el interventor autorizara y el promotor autorizara, usted recuerda si ese trámite se cumplía cabalmente para efectos de pago.

SR. ZAMBRANO: Como decía anteriormente para poder hacer una factura, la base era un correo o una información escrita, en este caso Tenco que era quien hacía la construcción... decía corte de obra número tal, está aprobado entonces pueden proceder a la factura,

con base en eso es que uno hace la factura y con base en lo que ellos revisan hasta dónde quedó el corte y la elaboración, la construcción, con base en eso, sin eso no podemos hacer factura, es imposible hacer una factura.

DR. VILLAMIL: O sea, se cumplían todos los trámites previstos de interventoría su aprobación y el promotor también para efectos de...

SR. ZAMBRANO: Claro, yo sé que para que... tenían que estar todos en conocimiento de que se cumplió la labor y hasta ahí se hacía un corte y hasta ahí se podía facturar y cuánto valía eso.

DR. GAMBOA: Si le he entendido toda la información de cómo se expedía la factura valores era proporcionada a ustedes directamente por Tenco?

SR. ZAMBRANO: Sí señor."

En uso de la palabra, el vocero judicial de la Convocada **TENCO S.A.** indagó acerca de los siguientes aspectos:

"DR. GIRALDO: Quisiera en primer lugar que nos indicara desde hace cuánto tiempo es revisor fiscal de la empresa, ejerce solamente las funciones de revisoría fiscal o algunas otras...

SR. ZAMBRANO: No, solamente ejerzo la de revisoría fiscal, estoy desde el 2015... ninguna otra actividad.

DR. GIRALDO: En la exhibición de libros y papeles de contabilidad presentada por usted dentro de esta misma audiencia manifestó que... los balances y las notas a los estados financieros, quiere indicar si en esas notas a los estados financieros quién aparece como deudor de las obligaciones producidas por las facturas objeto de este...

SR. ZAMBRANO: La sociedad Constructora Centro Comercial Cartagena.

DR. GIRALDO: Así aparece en las notas a los estados financieros?

SR. ZAMBRANO: Toda la información contable, lo que es contable figura la sociedad Constructora Centro Comercial Cartagena.

DR. GIRALDO: Es decir el deudor de la sociedad para efectos de la factura, para efectos de la contabilización es la Sociedad Centro Comercial Cartagena?

SR. ZAMBRANO: Sí.

DR. GIRALDO: Usted manifestó y entregó con la exhibición de documentos y copia de ellos de los comprobantes de ingreso por recibos de pago porque usted aclaró.

SR. ZAMBRANO: Recibos de caja.

DR. GIRALDO: Esos recibos de caja corresponden a pagos de facturas u obligaciones de los contratos 146 y 160...

SR. ZAMBRANO: Sí señor.

DR. GIRALDO: Y de quién se reciben esos pagos, cómo quedaron anotados en el comprobante de ingreso?.

SR. ZAMBRANO: Como comenté anteriormente los pagos quedan abonados a la cuenta de la sociedad Constructora Centro Comercial Cartagena, la inquietud se generó ahorita de si lo hacía directamente la sociedad... los fondos afortunadamente se trajo el extracto bancario donde aparece el NIT de quién gira los fondos que no lo conozco, no sé quién es pero quedó abonado a la sociedad Constructora Cartagena.

DR. GIRALDO: El recibo de pago...

SR. ZAMBRANO: Los recibos de pago están a nombre de la sociedad Constructora."

Por su lado, el procurador judicial de la Convocante **ATEMKA LTDA** interrogó al testigo sobre estos puntos:

"DR. SANABRIA: Le pido excusas al Tribunal, conoce usted si efectivamente entró algún comunicado a Atemka y usted lo conoció diciendo que Tenco autorizaba se hicieran las facturas a nombre de Centro Comercial?

SR. ZAMBRANO: Sí claro, está en el contrato y lo conocí, lo leí desde el principio y sí hay una autorización directa de Tenco de que se facturara a nombre de la sociedad Constructora...

DR. SANABRIA: Al momento de los cortes conoce usted algún documento en donde Tenco autorizara aparte de lo que se dice del contrato que se facturara a nombre del Centro Comercial?

SR. ZAMBRANO: Sí, hay correos, de hecho para poder expedir la factura se necesita el corte de obra y ese corte de obra era autorizado por Tenco donde informa ya están autorizados, hagan el corte y hagan la facturación, se hizo el corte y hagan la facturación.

DR. SANABRIA: Conoce usted esos correos?

SR. ZAMBRANO: Sí señor.

DR. SANABRIA: Puede presentar esos correos ante este Tribunal?

SR. ZAMBRANO: Eso está directamente yo no, pero en el correo de la empresa sí están, no me llegaron a mí porque eso llega a la parte administrativa y ellos tienen todos esos correos."

3.4. La prueba documental.

A la par con la contabilidad de la Convocante **ATEMKA LTDA**, también reposan en el expediente otros medios de convicción de estirpe documental que coadyuvan las probanzas de los anteriores, y que en conjunto con ellos sirven de báculo para tener por demostrada la postura de defensa que alegó **TENCO S.A.**

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-**

De tales escritos se destacan los siguientes:

3.4.1. Actas de liquidaciones de los contratos 147 y 166.

El 30 de marzo de 2016 **TENCO S.A.** y **ATEMKA LTDA** suscribieron las dos actas mediante las que acusaron recibo final de obras y liquidaron los contratos 147 y 166. En ellas consignaron que los saldos a favor de la contratista eran, respecto del primer contrato, la suma de \$13.588.546; y en relación con el segundo, la suma de \$210.099.879.

En el párrafo final de uno y otro escrito declararon:

*"Que **EL CONTRATISTA** no tiene ningún reclamo pendiente respecto a **EL CONTRATANTE**, quien cumplió con las obligaciones adquiridas en el contrato y sus anexos y acepta todos los términos de la presente liquidación. Que **EL CONTRATANTE** mantiene sus acciones en razón a la estabilidad y calidad de la obra y reclamos laborales que pudieran surgir en razón de las obligaciones adquiridas por **EL CONTRATISTA** mediante el contrato y sus anexos y con posterioridad a la fecha de la presente acta. Exceptuando la manifestación anterior las partes se declaran a Paz y Salvo por todo concepto originado en el mencionado **CONTRATO** y sus anexos"¹⁷.*


3.4.2. Correos electrónicos de fechas 19 de septiembre y 30 de octubre de 2017.

En la primera misiva se lee lo siguiente:

El 19 de septiembre de 2017, 15:28, GLORIA ESMERALDA PEREZ <ing.gloriaesmeraldaperez@gmail.com> escribió:
Buenas tardes Arq. Mauricio

Efectivamente el pasado jueves 14 de septiembre se recibieron los documentos solicitados por nuestras oficinas de Bogotá los cuales se remitieron al área jurídica de la constructora. Estamos a la espera de respuesta por parte de la Dra. María Consuelo directora jurídica, le informo que ésta área toma su debido tiempo en realizar la revisión de los documentos, apenas tenga respuesta sobre el tema de la Mayor Permanencia de ustedes ATEMKA, les estaré comentando para reunirse directamente en Bogotá.

Cordialmente,
Ing. Gloria Esmeralda Pérez
Residente Administrativa
Constructora Centro Comercial



¹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1 folios 000116 a 000137.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-**

Mientras que el tenor literal de la segunda es:

De: GLORIA ESMERALDA PEREZ <ing.gloriaesmeraldaperez@gmail.com>
Enviado: lunes, 30 de octubre de 2017 2:51 p. m.
Para: Maria Consuelo Pareja Sierra; Juan Jose Guzman Gomez
Cc: spercy@eliat.com.co; juans701@hotmail.com; ATEMKA LTDA
Asunto: ATEMKA-SOLICITUD CITA BOGOTA- CONTRATOS #147 Y #166 OBRA NAO FUN & SHOPPING

Buen día Dra. María Consuelo, Dr. Juan José

En la mañana de hoy sostuvimos reunión con el Dr. Juan Sanabria abogado de Atemka, solicita cita con ustedes en Bogotá para hablar sobre el saldo que Constructora tiene pendiente de cancelar a Atemka.

El resumen de cuentas conciliado con el área Contable de Constructora:

PIE-GARANTIA Y FACTURAS	238.070.409
Mayor Permanencia	30.000.000
TOTAL A PAGAR POR CLCC	268.070.409

**Mayor Permanencia (verificado, avalada por área administrativa, interventoría y coordinación de proyecto- todo soportado)

Los señores de Atemka están cobrando unos intereses financieros por valor total de \$34.500.000 que directamente lo hablarían con ustedes, por parte de obra no hemos aprobado estos intereses.

Quedo atenta al día que señalen para la reunión para indicarle al Dr. Juan Sanabria.

Cordialmente,
Ing. Gloria Esmeralda Pérez
Residente Administrativa
Constructora Centro Comercial

Ambas comunicaciones electrónicas fueron remitidas por la ingeniera Gloria Esmeralda Pérez, residente administrativa de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL**. Del escrito fechado el 30 de octubre de esa anualidad se desprende (i) Que **ATEMKA LTDA**, por conducto de su apoderado doctor Juan Sanabria, intentaba concertar una cita *"para hablar sobre el saldo que la Constructora tiene pendiente de cancelar a Atemka"*; y (ii) Que para esas calendas la mencionada **CONSTRUCTORA** reconocía deber las sumas de dinero allí indicadas. (Cursiva y negrilla ajenas al original).

3.4.3. Correos electrónicos obrantes a folios 000063 a 000079 del cuaderno de pruebas No. 1.

En ellos **ATEMKA LTDA** tiene contacto con la directora jurídica de la empresa **FEDCO**, abogada María Consuelo Pareja Sierra, y tanto a esta entidad como a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** les reclamó indistintamente el pago de las sumas de dinero adeudadas con ocasión de los contratos 147 y 166.

3.4.4. Carta del 13 de agosto de 2018.

Este documento está dirigido por **ATEMKA LTDA** a la "sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y/o **FEDCO**", con atención a "Dra. María Consuelo Pareja Sierra". El asunto de la referencia es **"CONTRATOS DE CARPINTERIA EN MADERA Nos. 147 y 166 OBRA: NAO FUN & SHOPPING"**; y en los párrafos segundo y tercero de ese escrito se consignó lo siguiente¹⁸:

¹⁸ Cuaderno No. 1 de Pruebas, folios 97 y 98.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

Revisados los documentos por ustedes, proponen cancelar las deudas con un programa de pagos y/o con propiedades. Respecto de los pagos, no se entregó ningún plan, pero si reconocemos que se recibió un abono, anunciado por usted, de \$15.000.000,00 transferido el 18/03/24 de Bancolombia, a pesar de no haber acordado ningún plan de pago.

Respecto de las propiedades, en varias ocasiones, nos prometieron hacer llegar las condiciones de negociación, hecho que no ha ocurrido, como se evidencia en aproximadamente 8 correos enviados a ustedes, donde les manifestamos el requerimiento del plan de pago y/o negociación de propiedades.

Razón por la que reiteramos, actualizamos y remitimos los costos financieros causados por el no pago en su momento de las FACTURAS # 2340, 2372,2389,2373,2402 por \$5.299.995 y \$29.269.457 y el pago de las RETENCIONES DE GARANTIAS Y FACTURAS #2452,2453 Y 2454 por \$271.218.519 con sus respectivos costos financieros para un valor de \$ 441.578.043.

La totalidad de los documentos citados en este apartado del laudo se aportaron por la Convocante, y por ende, al no haber sido desconocidos ni tachados de falsos por ella ni por la convocada **TENCO S.A.**, adquieren el carácter de plenas pruebas susceptibles de ser valoradas.

3.5.- Conclusiones.

El alcance del valor persuasivo que tienen las distintas pruebas compendiadas es suficiente para desestimar las pretensiones que **ATEMKA LTDA** le formuló a **TENCO S.A.**, pues, sometidas al yugo de la sana crítica, cuando se armonizan con la definición del caso se encuentra que los fundamentos en que se cimentaron las solicitudes de la convocante no son aptos para acceder a ellas.

En efecto, a manera de síntesis se colige que:

1.- Si después de haber firmado las actas de liquidación, **ATEMKA LTDA** estuvo cobrándole a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y/o **FEDCO** el valor de las obras realizadas con base en los contratos Nos. 147 y 166; y si además alcanzó a recibir de una de estas un abono por la suma de \$15.000.000, es porque tenía conocimiento, tanto contractual como el entronizado en su psique, de que dicha constructora —en su calidad adicional de promotora— era quien tenía que pagarle lo adeudado.

2.- Si a lo anterior se suma que en su contabilidad quedó reflejada la facturación y causación de los pagos que le hicieron a raíz de las obras ejecutadas (ninguno de los cuales provino de **TENCO S.A.**); y si su revisor fiscal y su representante legal no pudieron infirmar la confesión que alrededor del contrato de mandato quedó plasmada en la demanda, y antes, por el contrario, en sus declaraciones dieron cuenta de que a quien se buscaba para el pago era a la promotora; la existencia de dicho mandato consolida la tesis de la convocada acerca de que en contra de ella no hay mérito que permita acceder a lo solicitado por su oponente.

3. Por esas razones, aunadas, desde luego, a todas aquellas otras que pormenorizadamente analizó el Tribunal en este Capítulo, se acoge la primera excepción de mérito denominada "*Ausencia de título en contra de la demandada*" y en consecuencia se niegan las pretensiones incoadas por **ATEMKA LTDA** en contra de **TENCO S.A.**

**CAPÍTULO QUINTO. DE LAS CONDENAS A LA CONSTRUCTORA CENTRO
COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**

1.- Antecedentes.

Tal como se ha venido presentando, la sociedad Madera Modular Arquitectónica **ATEMKA LTDA.**, inició trámite arbitral en contra de **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y **TENCO S.A.**. La anterior solicitud, con fundamentos en sendas cláusulas compromisorias que están contenidas en los contratos 147 del 1 de agosto de 2014 y 166 del 13 de enero de 2015, suscritos entre **ATEMKA LTDA.** Y **TENCO S.A.**.

La demanda fue presentada el 25 de mayo de 2019¹⁹, inicialmente inadmitida²⁰, subsanada²¹ y admitido el trámite arbitral²².

El 30 de septiembre de 2019, mediante apoderado judicial, **TENCO S.A.** contestó la demanda²³ y propuso excepciones.

En el término del traslado de la demanda, la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** no contestó la demanda, a pesar de habersele notificado el auto admisorio de la misma, así como todas las actuaciones posteriores, habiendo inclusive la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** manifestado a lo largo del proceso, pero nunca ejerciendo con la plenitud de las formas procesales, su derecho de defensa.

El anterior silencio, trae como consecuencias procesales, las que se describen más adelante.

1.2. Las Pretensiones.

En el escrito de subsanación del 20 de agosto de 2019²⁴, **ATEMKA LTDA.**, definió como pretensiones de la demanda en contra de **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y **TENCO S.A.**:

1. Que se declare que la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y **TENCO S.A.**, incumplieron con los contratos No. 147 y 166;
2. Como consecuencia de incumplimiento, se condene a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y **TENCO S.A.**, al pago de \$271.218.519;
3. Como consecuencia del interés por mora, por el incumplimiento en las obligaciones derivadas del contrato 147, se condene a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y **TENCO S.A.**, al pago de \$5.299.995;
4. Como consecuencia del interés por mora, por el incumplimiento en las obligaciones derivadas del contrato 166, se condene a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y **TENCO S.A.**, al pago de \$29.269.457;
5. Que se declare que la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y **TENCO S.A.**, adeudan por concepto de las facturas: 2452, 2453, 2454, 2588, 2315, 2340, 2372, 2389, 2330, 2373 y 2402 producto de los contratos 147 y 166, la suma de \$169.317.030.

¹⁹ Folio 1 del Cuaderno Principal.

²⁰ Folio 123 del Cuaderno Principal.

²¹ Folio 129 del Cuaderno Principal.

²² Folio 136 del Cuaderno Principal.

²³ Folio 149 del Cuaderno Principal.

²⁴ Folio 129 del Cuaderno Principal.

6. Que como consecuencia de lo anterior, se declaren resueltos los contratos 147 y 166;
7. Que se condene a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y **TENCO S.A.**, al pago de costas y agencias en derecho.

1.2. Vinculación de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** a la cláusula compromisoria

Tal como se ha afirmado y se desprende de los documentos allegados al proceso, los contratos que contienen las cláusulas compromisorias que dan pie al presente trámite arbitral, dan cuenta de que ellas fueron suscritas exclusivamente por **ATEMKA LTDA.** y **TENCO S.A.**.

Esa circunstancia implicaría, en principio y debido a la solemnidad "*ad substantiam actus*" que revisten tanto la cláusula compromisoria y el compromiso, que un pacto de esta naturaleza no podría ser extensible a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, en razón a que, como lo ha afirmado la doctrina: "*La cláusula compromisoria es un negocio jurídico bilateral de carácter solemne, pues debe constar en algún medio documental*"²⁵

Ahora bien y aunque la cláusula compromisoria está revestida de una solemnidad *ad probationem*, el parágrafo del artículo 3 de la ley 1563 de 2012, dispone que:

"Artículo 3º. Pacto arbitral. (...)

*Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, **se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.**"* (Resaltado fuera del texto).

Sobre este punto el Tribunal ya se pronunció en la primera audiencia de trámite, según consta en el Acta No. 8, y al momento de definir sobre su competencia y en virtud de lo dispuesto en el Auto 7, expresó que:

"ATEMKA manifestó en la demanda arbitral la existencia de un pacto arbitral que la vincula con las sociedades CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.. No obstante, en lo que concierne al CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., en estricto rigor este panel arbitral no encuentra que exista dicha vinculación o adherencia por parte de esta al aludido pacto; sin embargo, en atención a lo dispuesto en el parágrafo 2º del Artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 que establece:

***"PARÁGRAFO.** Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral."*

*Por lo anterior y teniendo en cuenta el silencio guardado por el CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., el Tribunal entiende probada la existencia del pacto arbitral que la vincula."*²⁶

²⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Proceso arbitral nacional*. Dupré Editores. 2013. p. 89.

²⁶ Folio 189 del Cuaderno Principal No. 1

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-**

Al respecto la doctrina ha indicado que:

" (...), el legislador del 2012, contempló el pacto arbitral ficto, que es aquel que se tiene por probado cuando en el término de traslado de la demanda, o de contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente ante los jueces o el tribunal de arbitraje, en cuyo caso se entiende válidamente probada la existencia del pacto arbitral, según las voces del parágrafo del artículo 3º de la Ley Hinestrosa"²⁷.

La existencia de dicho "*pacto arbitral ficto*", que contempla la citada norma y además es aceptado en el ámbito doctrinal, también ha sido reconocido y aplicado en el foro arbitral, y así, por ejemplo se ha afirmado que:

"La convocada no la negó expresamente ni la disputó dentro de la oportunidad correspondiente, por lo que con arreglo al parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563, el pacto arbitral quedó válidamente probado".²⁸

En el presente caso, **ATEMKA LTDA.** invocó frente a **TENCO S.A.** y la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, la existencia de la cláusula compromisoria, sin que **TENCO S.A.**, en la contestación de la demanda, ni la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, la hubieran negado expresamente, materializándose así, la validez del pacto arbitral.

Por esos motivos el Tribunal extiende la existencia y efecto de la Cláusula Compromisoria a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, no solo por la transcrita norma sino también por lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012 que define:

"El Tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del artículo 30."

Efectivamente, la sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** estuvo enterada de la existencia del presente trámite arbitral y participó en el desarrollo del mismo, así:

1. El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá le informó de la totalidad de las actuaciones a su cargo, en especial de la realización del sorteo público de designación de árbitros, del resultado de la designación de los mismos y de la fecha fijada para surtir la audiencia de instalación.²⁹
2. A la audiencia de instalación fijada para el día 13 de agosto del 2019 asistieron, entre otras personas, el señor JUAN GUILLERMO RUÍZ GARCÍA DE PAREDES, en su calidad de representante legal de la **CONSTRUCTORA**

²⁷ Cfr. Martínez Neira, Néstor Humberto. *El pacto arbitral. Estatuto arbitral colombiano*. Legis Editores, Bogotá, 2013, p. 54

²⁸ Laudo Arbitral SMART SURGERY S.A.S. contra HDI SEGUROS DE VIDA S.A, 17 de enero del 2020.

²⁹ Folios 119 a 123 del Cuaderno Principal.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S, tal como consta en el Acta de la misma.³⁰

3. El auto admisorio de la demanda fue notificado en debida forma al correo electrónico que aparece en el Certificado de Existencia y Representación legal de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, tal como se indicó en el capítulo de antecedentes de este laudo arbitral, y contra dicha providencia esta parte guardó silencio, es decir, no interpuso recurso ni elevó petición alguna. De igual manera, no contestó la demanda arbitral dentro del término de traslado otorgado.³¹
4. Posteriormente, la secretaría del Tribunal le notificó el Auto de fecha 8 de octubre del 2019, mediante el cual se tuvo por contestada la demanda por parte de **TENCO S.A.** y no contestada por parte de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, así como el Auto de fecha 24 de octubre del 2019 en el que se fijó fecha y hora para audiencia de conciliación, la que se realizó el día 1 de noviembre del 2019, y a la que además de los representantes legales de las demás partes, asistió el representante legal de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**³²
5. Una vez realizado el pago de la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal por la parte Convocante, mediante Auto de 3 de diciembre del 2019 se fijó fecha y hora para el día 22 de enero del 2020 para surtir la primera audiencia de trámite. Dicha decisión también se le notificó a las partes, incluida la sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**³³
6. El Tribunal, posteriormente y por circunstancias de fuerza mayor, mediante providencia de 16 de enero del 2020 fijó como nueva fecha para surtir la primera audiencia de trámite el día 27 de enero del 2020, la cual también se le notificó en debida forma a todas las partes.
7. En desarrollo de la primera audiencia de trámite, el día 27 de enero del 2020, el Tribunal se declaró competente y procedió a decretar las pruebas, de conformidad con el artículo 31 de la ley 1563 del 2012. A dicha audiencia no asistió persona alguna en representación de la sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** Luego el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, dentro de las cuales se encontraba una exhibición de documentos a cargo de esta sociedad, y decretó de oficio un interrogatorio de parte del representante legal de la misma.³⁴
8. El día 21 de febrero del 2020, fecha y hora señalada para la práctica de pruebas, no asistió ninguna persona en representación de la sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** No obstante lo anterior, el día 26 de febrero del 2020 los representantes legales de **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, por correo electrónico presentaron un memorial mediante el cual se excusaron de no haber asistido a la audiencia del día 21 de febrero de 2020 y solicitaron la fijación de una nueva fecha para su práctica; con dicho escrito aportaron un estado de cuenta con **ATEMKA LTDA.** Posteriormente el Tribunal, y en razón

³⁰ Folios 137 a 138 del Cuaderno Principal.

³¹ Folios 172 a 175 del Cuaderno Principal.

³² Folios 182 a 185 del Cuaderno Principal

³³ Folios 182 a 185 del Cuaderno Principal

³⁴ Folios 186 a 193 del Cuaderno principal.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

a la extemporaneidad de la excusa allegada, mediante Auto del 10 de marzo del 2020 dispuso tener por no justificada la inasistencia al interrogatorio de parte e incorporó al expediente los documentos aportados por dicha Convocada.³⁵

9. Todas las providencias proferidas dentro del proceso fueron y han sido notificadas o informadas al correo electrónico que aparece en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S**, tal como consta, no solo en lo antes indicado, sino en las apariciones antes mencionadas.

Las transcritas normas y hechos, constituyen una excepción a la solemnidad *ad probationem* de la cláusula compromisoria, cuyo efecto, en caso de no rechazo o silencio, se extiende a las pretensiones de la demanda y a las manifestaciones y comportamientos de la parte Convocada.

1.3. La excepción propuesta por TENCO S.A. que se abrió paso dentro del presente proceso

Habiéndose declarado probado en el capítulo anterior uno de los medios exceptivos que postuló **TENCO S.A.**, el cual por sí solo fue suficiente para enervar la totalidad de las pretensiones que en su contra le había formulado **ATEMKA LTDA.**, lo que hay que analizar ahora es la situación jurídico procesal de la convocada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**

Para este fin, el Tribunal hará las siguientes consideraciones:

1.4. Las consecuencias por la no contestación de la demanda por parte de la CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.

Dentro del trámite, consta que la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** no contestó la demanda.

En efecto, de acuerdo con el Acta No. 3, el día 4 de septiembre de 2019³⁶ las sociedades demandadas fueron notificadas de la demanda mediante el uso de correo certificado³⁷, y en el expediente reposan los certificados que acreditan la recepción y apertura de los mensajes de datos correspondientes, que en el caso de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** ocurrió el día 9 de septiembre de 2019³⁸.

A pesar de ello, la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, no contestó la demanda, tal y como se estableció en el Auto No 4 proferido el día 8 de octubre de 2019³⁹, decisión que fue notificada y quedó debidamente ejecutoriada.

De conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Código General del Proceso:

"La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de

³⁵ Folio 230 a 234 del Cuaderno Principal.

³⁶ Folio 137 a 138 del Cuaderno Principal.

³⁷ Folio 172 a 174 del Cuaderno Principal.

³⁸ Folio 139 del Cuaderno Principal.

³⁹ Folio 172 y 173 del Cuaderno Principal.

confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto". (Resaltado fuera del texto)

Así las cosas, de tal omisión es posible inferir que la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** carece de argumentos para desvirtuar las pretensiones y los hechos en los que se encuentra fundada la demanda, lo cual equivale a una aceptación de ellos, cuando resulta viable la prueba de confesión⁴⁰.

De igual forma, y pese a que este no es uno de esos eventos, en algunos procesos específicos⁴¹ la ley permite que, ante la ausencia de contestación de la demanda, se profiera sentencia de plano de conformidad con las pretensiones.

Otra de las consecuencias jurídicas que se derivan de la no contestación de la demanda, es la pérdida de la oportunidad para aportar y solicitar el decreto y práctica de pruebas.

En efecto, la contestación de la demanda es la principal oportunidad con que cuenta el demandado para ejercer a plenitud su derecho de defensa pronunciándose de manera concreta sobre las pretensiones y los hechos esgrimidos en la demanda, formulando las excepciones de mérito y los hechos en los cuales estas se encuentran fundamentadas, aportando las pruebas documentales que tiene en su poder, y solicitando aquellas con las cuales acredite los hechos de las excepciones cuando estas no obran en el expediente⁴².

Y es que, a pesar de que el artículo 282 del Código General del Proceso establece que el juez debe reconocer de manera oficiosa aquellas excepciones no alegadas pero que resulten probadas en el transcurso del proceso, no puede perderse de vista que la prescripción, la compensación y la nulidad relativa, deben ser alegadas por el demandado en la contestación de la demanda, por lo que al juzgador le está vedado, reconocerlas de oficio.

Ahora bien y, salvo la limitación anterior, la cual se circunscribe a ese preciso grupo de excepciones conocidas como "*propias*"; el silencio del extremo pasivo no impide que al decidir una causa como la que nos ocupa el juez declare, de oficio, cualquier otra excepción de mérito que esté probada aun cuando no haya sido alegada por el demandado.

Por consiguiente y en cumplimiento del aludido mandato, el Tribunal, *motu proprio* y a pesar de que la sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** no se elevó en contra de lo pretendido por **ATEMKA LTDA**, aun así encontró -como lo explicará más adelante- que hay una circunstancia impeditiva que da pábulo para negar, de manera parcial, algunas de las pretensiones de condena incoadas por la parte actora.

Asimismo y en consideración a que el precitado artículo 97 del Código General del Proceso establece que, la ausencia de contestación de la demanda hace presumir ciertos los hechos que son susceptibles de confesión, seguidamente se analizará qué es la presunción, cuáles son sus consecuencias, y posteriormente se analizarán cuáles hechos de la demanda son susceptibles de ser probados mediante confesión.

⁴⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso Parte General*. Dupré Editores. 2016. p. 592.

⁴¹ Véanse por ejemplo el proceso de entrega de la cosa por el tradente al adquirente (art. 378 C.G.P.), rendición de cuentas provocada o espontánea (arts. 379 y 380 C.G.P.), pago por consignación (art. 381), y el proceso de restitución de inmueble arrendado (art. 384 C.G.P.).

⁴² Artículo 96 del Código General del Proceso.

En líneas generales, la presunción es un razonamiento lógico por virtud del cual es posible dar por cierto un hecho a partir de la existencia de otro, salvo que se aporte prueba en contrario⁴³. La presunción puede ser legal⁴⁴ o judicial⁴⁵.

El Código General del Proceso se encarga de regular el tema en el artículo 166, en el cual se establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 166. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY. *Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.
El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice."*

De acuerdo con el artículo 166, el hecho presumido se tiene por cierto a menos que la parte contraria acredite lo contrario, de manera que la principal consecuencia de la presunción es invertir la carga de la prueba. En otras palabras, cuando se está ante una presunción, la parte beneficiada estará eximida de probar el hecho sobre el cual recae la presunción, al paso que la contraparte deberá desvirtuar el hecho presumido so pena de que se tenga como probado en la sentencia⁴⁶.

Establecido lo anterior, es necesario identificar cuáles de los hechos incorporados en la demanda son susceptibles de confesión, a efectos de aplicar la consecuencia jurídica correspondiente.

El artículo 191 del Código General del Proceso establece que los requisitos de la confesión son:

"ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. *La confesión requiere:*

- 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.*
- 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*
- 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*
- 4. Que sea expresa, consciente y libre.*
- 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.*
- 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.*

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas."

Así las cosas, entre otros requisitos, es necesario que la confesión recaiga sobre hechos que producen consecuencias jurídicas adversas al confesante o favorezcan a la parte contraria, que se dé respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba, y que verse sobre hechos personales de quien confiesa o de los que deba tener conocimiento. Es importante precisar que existen algunos hechos que deben ser demostrados a través de un medio de prueba específico⁴⁷, y el uso de un medio de prueba diferente al establecido deviene en la insatisfacción del requisito de conducencia de la prueba.

⁴³ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional 2007. p. 667.

⁴⁴ La presunción es legal cuando es realizada por el legislador y consignada en una norma general, impersonal y abstracta. Puede ser de derecho o legal, dependiendo de si admite o no prueba en contrario.

⁴⁵ Es aquella construida y aplicada por el juez para valorar las pruebas y resolver el problema fáctico. PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la prueba judicial. Ediciones Librería del Profesional. 2005.

⁴⁶ TOSCANO LÓPEZ, Fredy Hernando. Las presunciones judiciales en la acción de tutela, en Aspectos Procesales de la Acción de Tutela. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2017. p. 195

⁴⁷ Tal y como ocurre con la venta de un bien inmueble que debe ser acreditada mediante escritura pública.

De acuerdo con lo anterior, resulta necesario analizar cada uno de los hechos esgrimidos por el demandante, y determinar cuáles de ellos cumplen con los requisitos de la confesión y por ende son susceptibles de ser probados a través de ese medio.

Analizados y cotejados cada uno de los hechos consignados en la demanda de **ATEMKA LTDA.**, se encuentra que:

- a. El hecho segundo no es susceptible de confesión, como quiera que el artículo 1228 del Código de Comercio exige que la fiducia celebrada entre vivos debe contar en escritura pública que deberá registrarse de acuerdo con la naturaleza de los bienes, revistiéndola de esta manera de la formalidad de que dicho contrato deba constar por escrito como supuesto de perfeccionamiento o de existencia⁴⁸.
- b. El hecho cuarto no es un hecho personal ni del que deba tener conocimiento la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**
- c. El hecho quinto no es un hecho personal ni del que deba tener conocimiento la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**
- d. El hecho vigésimo séptimo no es un hecho personal ni del que deba tener conocimiento la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**

En síntesis, como quiera que la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, no desvirtuó los hechos consignados en la demanda, y que del expediente tampoco se evidencia la configuración de excepción alguna que el Tribunal deba declarar de oficio, todos los hechos esgrimidos en la demanda, menos los identificados en los numerales segundo, cuarto, quinto y vigésimo séptimo, se tendrán por probados por parte de este Tribunal.

2. Las condenas

2.1. Las facturas derivadas de los contratos 147 y 166 objeto de la controversia y en que se fundan las pretensiones.

2.1.1. Las facturas en general.

La factura es un documento que el vendedor o prestador de un servicio puede entregar al comprador o beneficiario del servicio, en el que se relacionan los bienes entregados o los servicios prestados por virtud de un contrato⁴⁹. Constituirá un título

⁴⁸ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Librería Ediciones del Profesional. 2009. p. 287.

⁴⁹ **ARTÍCULO 772. <FACTURA>**. Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

PARÁGRAFO. Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno Nacional se encargará de su reglamentación.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

valor en caso de que reúna los requisitos previstos en los artículos 621⁵⁰ y 774⁵¹ del Código de Comercio, a saber:

1. La mención del derecho que se incorpora;
2. La firma de quién la crea;
3. La fecha de vencimiento, aunque en ausencia de mención expresa se entiende que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión.
4. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla.
5. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago.

No obstante lo anterior, la omisión de cualquiera de los requisitos previamente identificados no afecta la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura, sino que impide que tal documento tenga el carácter de título valor.

De otra parte, el artículo 617 del Estatuto Tributario establece que, para efectos tributarios, el original de la factura debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Denominarse expresamente como factura de venta.
2. Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio.
3. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado.
4. Contener un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta.
5. Fecha de su expedición.
6. Descripción de los artículos vendidos o servicios prestados.
7. Valor total de la operación.
8. Nombre o razón social y NIT del impresor de la factura.
9. Indicación de la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas.

Una vez la factura es aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, se considera frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato fue debidamente ejecutado. Dicha aceptación puede darse de manera expresa en el cuerpo mismo de la factura, o mediante documento separado. La factura se considera aceptada de manera irrevocable cuando el comprador o beneficiario no

⁵⁰ **ARTÍCULO 621. <REQUISITOS PARA LOS TÍTULOS VALORES>.** Además de lo dispuesto para cada título-valor en particular, los títulos-valores deberán llenar los requisitos siguientes:

1) La mención del derecho que en el título se incorpora, y
2) La firma de quién lo crea.

La firma podrá sustituirse, bajo la responsabilidad del creador del título, por un signo o contraseña que puede ser mecánicamente impuesto.

Si no se menciona el lugar de cumplimiento o ejercicio del derecho, lo será el del domicilio del creador del título; y si tuviere varios, entre ellos podrá elegir el tenedor, quien tendrá igualmente derecho de elección si el título señala varios lugares de cumplimiento o de ejercicio. Sin embargo, cuando el título sea representativo de mercaderías, también podrá ejercerse la acción derivada del mismo en el lugar en que éstas deban ser entregadas.

Si no se menciona la fecha y el lugar de creación del título se tendrán como tales la fecha y el lugar de su entrega.

⁵¹ **ARTÍCULO 774. REQUISITOS DE LA FACTURA.** La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:

1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión.
2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley.

3. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura.

No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura.

En todo caso, todo comprador o beneficiario del servicio tiene derecho a exigir del vendedor o prestador del servicio la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada.

La omisión de requisitos adicionales que establezcan normas distintas a las señaladas en el presente artículo, no afectará la calidad de título valor de las facturas.

reclama en contra de su contenido devolviéndola o dirigiendo el reclamo al emisor, dentro de los tres días hábiles siguientes a su recepción⁵².

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 243 del Código General del Proceso, se entiende por documento todo objeto mueble que tiene carácter representativo o declarativo, es decir, que diga algo más diferente a lo que es el objeto en sí. De esta manera, es posible concluir que aunque las facturas no reúnen los requisitos exigidos por la ley para ser consideradas como títulos ejecutivos, son documentos que pueden ser apreciados por el Tribunal.

2.1.2. Las facturas mencionadas en la demanda y la manifestación de las partes demandada.

Los hechos de la demanda presentada el 25 de mayo de 2019⁵³ y subsanada el 20 de agosto de 2019⁵⁴, en particular del décimo noveno⁵⁵ al vigésimo tercero⁵⁶, relacionan las facturas que la demandante pretende hacer valer dentro del proceso.

Sobre las mencionadas facturas a las que se hará mención más adelante, la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, no se pronunció debido a que no contestó la demanda; y esa conducta procesal le acarreo las consecuencia ya explicadas, esto es, tener por ciertos – en virtud de la presunción legal que en su contra obra en este sentido- los hechos que la actora pretendía demostrar, entre otras, con apoyo en dichas pruebas-

Por su lado y en relación con estas mismas facturas, la sociedad **TENCO S.A.**, mediante contestación radicada el 30 de septiembre de 2019⁵⁷, manifestó en los citados hechos que:

*"No me consta. **TENCO S.A.** se retiró del proyecto por incumplimientos de la sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** el día 8 de marzo de 2016 y en comunicación de 30 de marzo del mismo año lo informó al demandante y otros contratistas de la obra tal como lo manifestó en comunicación a **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y a **ATEMKA LTDA.**"*

2.1.3. Los hechos probados.

Al contestar la demanda⁵⁸, **TENCO S.A.** solicitó⁵⁹ y se decretó como prueba la exhibición de libros y papeles del comerciante de **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, con los que pretendía probar la ejecución de

⁵² **ARTÍCULO 773. ACEPTACIÓN DE LA FACTURA.** Una vez que la factura sea aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato que le dio origen ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título.

El comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico. Igualmente, deberá constar el recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador del bien o beneficiario del servicio, en la factura y/o en la guía de transporte, según el caso, indicando el nombre, identificación o la firma de quien recibe, y la fecha de recibo. El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, para efectos de la aceptación del título valor.

La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento.

PARÁGRAFO. La factura podrá transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio. Tres (3) días antes de su vencimiento para el pago, el legítimo tenedor de la factura informará de su tenencia al comprador o beneficiario del bien o servicio.

⁵³ Folio 1 del Cuaderno Principal.

⁵⁴ Folio 129 del Cuaderno Principal.

⁵⁵ Folio 6 del Cuaderno Principal.

⁵⁶ Folio 8 del Cuaderno Principal.

⁵⁷ Folio 149 del Cuaderno Principal

⁵⁸ Folio 149 del Cuaderno Principal

⁵⁹ Folio 154 del Cuaderno Principal

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

los contratos 147 y 166, la forma en que se expidieron las facturas, la causación de las obligaciones y los comprobantes contables de todo lo ocurrido.

La citada sociedad no presentó los papeles, por lo que se tienen como ciertos los hechos que se pretendían probar. Lo anterior, al tenor del artículo 267 del CGP que establece:

*"... En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, **la parte deje de exhibir el documento**, salvo que dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale." (Resaltado fuera del texto)*

Así mismo, el párrafo segundo del artículo 268 del C.G.P., establece que:

*"**El comerciante que no presente alguno de sus libros a pesar de habersele ordenado la exhibición, quedará sujeto a los libros de su contraparte** que estén llevados en forma legal, sin admitírsele prueba en contrario, salvo que aparezca probada y justificada la pérdida o destrucción de ellos o que habiendo demostrado siquiera sumariamente una causa justificada de su renuencia, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la exhibición, presente los libros en la nueva oportunidad que el juez señale." (Resaltado fuera del texto)*

Lo anterior, aunado a lo establecido en el artículo 97 del C.G.P. que establece:

*"La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, **harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda**, salvo que la ley le atribuya otro efecto." (Resaltado fuera del texto)*

Con fundamento en las normas transcritas y en la narración de los hechos, y habiendo **ATEMKA S.A.** presentado su contabilidad en debida forma, le permite al Tribunal tener por probado, la ejecución de las obras y el monto de las mismas, generándole así convencimiento que es la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y no **ATEMKA S.A.**, la responsable del pago y que sí se ejecutaron las obras cuyo pago se reclama.

En el expediente consta la emisión y presunta aceptación de las siguientes facturas por parte de **ATEMKA LTDA.** y a cargo de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** así:

Del Contrato 147:

- a. Factura 2315: 2 de marzo de 2015 (vencimiento 2 de marzo de 2015). Corte 1 Contrato 147: por valor de \$14.873.542⁶⁰.
- b. Factura 2340: 21 de abril de 2015 (vencimiento 21 de mayo de 2015). Corte 2 Contrato 147: por valor de \$11.094.629⁶¹.
- c. Factura 2372: 1 de julio de 2015 (vencimiento 31 de julio de 2015). Corte 3 Contrato 147: por valor de \$15.141.434

⁶⁰ Folio 75 del Cuaderno Principal

⁶¹ Folio 77 del Cuaderno Principal.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-**

- d. Factura 2389: 1 de septiembre de 2015 (vencimiento 1 de octubre de 2015). Corte 4 Contrato 147: por valor de \$21.408.623⁶².

Del Contrato 166:

- a. Factura 2330 del 1 de abril de 2015 (vencimiento 1 de mayo de 2015). Corte 1 Contrato 166: por valor de \$66.107.865⁶³.
- b. Factura 2373 del 2 de julio de 2015 (vencimiento 1 de agosto de 2015). Corte 2 Contrato 166: por valor de \$88.869.169⁶⁴.
- c. Factura 2402 del 7 de octubre de 2015 (vencimiento 6 de noviembre de 2015). Corte 3 Contrato 166: por valor de \$113.267.897⁶⁵.
- d. Factura 2452 del 13 de junio de 2016 (vencimiento 13 de julio de 2016). Corte 4 Contrato 166: por valor de \$142.929.726⁶⁶.
- e. Factura 2588 del 10 de agosto de 2018 (vencimiento 9 de septiembre de 2018): mayor permanencia en obra según otro sí 2 Contrato 166: por valor de \$30.000.00⁶⁷.

En los hechos de la demanda **ATEMKA LTDA.** confesó que del Contrato No. 147 quedó pendiente por pagar un saldo a su favor por valor de \$28.155.929⁶⁸; y que del Contrato No. 166 quedó un saldo por pagar a su favor por valor de \$382.657.389⁶⁹. La sociedad **TENCO S.A.**, al contestar los hechos 12 y 19 manifestó que:

*"No me consta. **TENCO S.A.** se retiró del proyecto por incumplimientos de la sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** el día 8 de marzo de 2016 y en comunicación de 30 de marzo del mismo año lo informó al demandante y otros contratistas de la obra tal como lo manifestó en comunicación a **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** y a **ATEMKA LTDA.**"*

Sobre las factura 2453 del 13 de junio de 2016 (vencimiento 13 de julio de 2016): por valor de \$16.870.133⁷⁰ y 2454 del 3 de junio de 2016 (vencimiento 13 de julio de 2016): por valor de \$660.000⁷¹, derivadas de la Cotización 16-28, se hará mención en el aparte siguiente, adelantándonos a decir que no pueden ser tenidas en cuenta, en la medida que su causa no deviene de los contratos 147 de 2014 y 166 de 2015, que contienen las cláusulas compromisorias.

2.1.4. Las facturas como prueba de perjuicios.

Efectivamente, las facturas pueden servir como prueba de la existencia de los perjuicios patrimoniales ocasionados por concepto de daño emergente, como consecuencia del incumplimiento en el pago de los contratos. Su valoración probatoria deberá realizarse de acuerdo con lo previsto en el Código General del Proceso sobre el punto, y teniendo en cuenta que dichos documentos no fueron tachados de falsos ni desconocidos en el trámite del proceso.

⁶² Folio 83 del Cuaderno Principal.

⁶³ Folio 86 del Cuaderno Principal.

⁶⁴ Folio 88 del Cuaderno Principal.

⁶⁵ Folio 91 del Cuaderno Principal.

⁶⁶ Folio 94 del Cuaderno Principal.

⁶⁷ Folio 74 del Cuaderno Principal.

⁶⁸ Folios 4 y 5 del Cuaderno Principal.

⁶⁹ Folios 6 y 7 del Cuaderno Principal.

⁷⁰ Folio 102 del Cuaderno Principal.

⁷¹ Folio 108 del Cuaderno Principal.

Tal y como se señaló, no se afecta la validez del negocio jurídico que les dio origen, y tampoco les resta valor probatorio como documentos de acuerdo con lo previsto en los artículos 243 y subsiguientes del Código General del Proceso.

2.2. Las facturas excluidas por no ser derivadas de los contratos 147 y 166 objeto de la controversia y en que se fundan las pretensiones.

Tal como se había anunciado, las facturas identificadas con los números 2453⁷² y 2454⁷³, no serán tomadas en cuenta, en la medida en que éstas no son producto de los contratos 147 de 2014 y 166 de 2015 que contienen las cláusulas compromisorias que dieron existencia al presente tribunal arbitral, sino que devienen de la denominada "Cotización 16-28".

Esta situación fue ratificada por el Representante legal de **ATEMKA LTDA.** quien el rendir su interrogatorio y ser preguntado por las citadas facturas manifestó:

"DR. HERNÁNDEZ: Pero los adicionales que se hicieron y se ejecutaron y se pagaron corresponden a qué período?"

SR. ROJAS: No, no me han pagado los adicionales.

DR. HERNÁNDEZ: Pero adicionales a qué fecha, es decir que surgieron después del 2015, 2016 a qué fecha, trabajos de qué período?"

SR. ROJAS: 2016, ya habíamos terminado, ya estábamos terminando y nos solicitaron algunas cosas y se las enviamos, es una factura muy pequeña como de \$17 millones y una como de \$600.000 eso fue en el año 2016, no corresponde en realidad a los contratos porque en esa época se facturó independientemente.

DR. HERNÁNDEZ: O sea, están presentando ustedes una factura que no corresponde a los contratos celebrados con Tenco?"

SR. ROJAS: No, es que ellos me solicitaron que les proveyera eso y lo solicitaron y se organizó y se facturó lo que ellos solicitaron pero eso es pequeño lo que estoy diciendo \$16 millones."

Con lo anterior, se produjo la confesión judicial al haber aseverado el representante legal de la convocante que esas dos facturas **"...no corresponde en realidad a los contratos porque para esa época se facturó independientemente"**.

3. Las condenas derivadas de las pretensiones de la demanda.

Tal como se anunció anteriormente y como lo hizo la demandante mediante escrito de subsanación del 20 de agosto de 2019⁷⁴, **ATEMKA LTDA.**, definió como pretensiones de la demanda en contra de **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.** así:

- 1. Que se declare que la CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A., incumplieron con los contratos No. 147 y 166;**
- 2. Como consecuencia de incumplimiento, se condene a la CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A., al pago de \$271.218.519;**

⁷² Folio 102 del Cuaderno Principal.

⁷³ Folio 108 del Cuaderno Principal.

⁷⁴ Folio 129 del Cuaderno Principal.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

3. Como consecuencia del interés por mora, por el incumplimiento en las obligaciones derivadas del contrato 147, se condene a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.**, al pago de \$5.299.995;
4. Como consecuencia del interés por mora, por el incumplimiento en las obligaciones derivadas del contrato 166, se condene a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.**, al pago de \$29.269.457;
5. Que se declare que la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.**, adeudan por concepto de las facturas: 2452, 2453, 2454, 2588, 2315, 2340, 2372, 2389, 2330, 2373y 2402 producto de los contratos 147 y 166, la suma de \$169.317.030.
6. Que como consecuencia de lo anterior, se declaren resueltos los contratos 147 y 166;
7. Que se condene al **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.**, al pago de costas y agencias en derecho.

Con fundamento en lo narrado, las pretensiones se despacharán de la siguiente manera:

SOBRE LA PRETENSION PRIMERA: La pretensión primera está llamada a prosperar en relación con la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, en la medida en que en el expediente se encuentran debidamente acreditados los incumplimientos contractuales, que consistieron en el no pago del valor pactado a cargo de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** con ocasión de la ejecución de los contratos de obra.

En este punto debe precisarse que, dada la existencia de un contrato de mandato con representación, los efectos jurídicos de los contratos incumplidos se radicaron directamente en el patrimonio de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, por lo que no hay lugar a declarar el incumplimiento en relación con la sociedad **TENCO S.A.**.

SOBRE LA PRETENSION SEGUNDA: La pretensión segunda está llamada a prosperar parcialmente en la medida que no se desvirtuó por parte de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, lo afirmado por **ATEMKA LTDA.**, pero deberá descontársele lo correspondiente a las facturas identificadas con los números 2453⁷⁵ y 2454⁷⁶, por no ser éstas derivadas de los contratos contentivos de las cláusulas compromisorias y como se expuso en el numeral "2.2." del "CAPÍTULO QUINTO" anterior.

En efecto, las pruebas recabadas durante el trámite del proceso dieron cuenta de la existencia del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, consistentes en el pago de las obligaciones derivadas de los Contratos No. 147 de 2014 y 166 de 2015, hecho que da lugar a la aplicación de lo previsto en el artículo 1613 del Código Civil, es decir, a la indemnización de los perjuicios ocasionados por virtud del incumplimiento respectivo.

De otra parte, también se demostró la existencia de los perjuicios ocasionados, los cuales se evidencian con las sumas que se encuentran consignadas en los hechos descritos en la demanda, los que se presumen ciertos, con las facturas y las comunicaciones aportadas, documentos que, si bien no constituyen títulos ejecutivos, evidencian la existencia de los perjuicios sufridos por **ATEMKA LTDA.**.

⁷⁵ Folio 102 del Cuaderno Principal. Por valor de \$16.870.133.

⁷⁶ Folio 108 del Cuaderno Principal. Por valor de \$660.000.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

De acuerdo con lo anterior, y en aplicación del principio de congruencia establecido en el artículo 282 del Código General del Proceso, este Tribunal acogerá parcialmente lo solicitado y condenará a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, al pago de doscientos cincuenta y tres millones, seiscientos ochenta y ocho mil trescientos ochenta y seis pesos (\$253.688.386), con la consideración hecha al inicio.

SOBRE LA PRETENSION TERCERA: En la pretensión tercera, solicita **ATEMKA LTDA.** que:

"Como consecuencia del interés por mora, por el incumplimiento en las obligaciones derivadas del contrato 147, se condene a la Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. y TENCO S.A., al pago de \$5.299.995"

Para establecer a qué corresponde dicha suma, es necesario tener en cuenta que de acuerdo con lo consignado en el hecho décimo segundo de la demanda⁷⁷, en el Contrato No. 147 de 2014 quedaron pendientes por pago, entre otros rubros, la suma de cinco millones doscientos noventa y nueve mil novecientos noventa y cinco pesos (\$5.299.995) por concepto de los intereses de facturas anteriores, hasta su cancelación. En este hecho, la parte convocante sostiene que hace alusión a las facturas número 2340, 2373 y 2389.

Frente a este punto el Tribunal considera que la pretensión tercera no está llamada a prosperar, en la medida en que no existe certeza acerca de cuál es el capital sobre el que se habrían generado tales intereses.

Por ese motivo, la falta de discriminación a este respecto impide acoger la pretensión en los precisos términos en que fue formulada. Sin embargo y a pesar de la impropiedad en que incurrió la convocante en este sentido, ese aspecto no es óbice para que el Tribunal considere estas otras circunstancias y a partir de ellas haga los pronunciamientos que en derecho corresponden:

(i) De acuerdo con el correo electrónico de fecha 30 de octubre de 2017 (visible a folios 61 y 62 del cuaderno de pruebas No. 1), la ingeniera Gloria Esmeralda Pérez, Residente Administrativa de la Constructora Centro Comercial, le dijo a los destinatarios María Consuelo Pareja y Juan José Guzmán, que:

"En la mañana de hoy sostuvimos reunión con el Dr. Juan Sanabria abogado de Atemka, solicita cita con ustedes para hablar sobre el saldo que Constructora tiene pendiente de cancelar a Atemka".

(ii) En esa misiva la funcionaria de la convocada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** también consignó que el *"Resumen de cuentas conciliado con el área contable de Constructora"* ascendía a \$268.070.409 y que aunque *"Los señores de Atemka están cobrando unos intereses financieros por valor total de \$34.500.000 (...) por parte de obra no hemos aprobado estos intereses."* (Énfasis agregado)

Por consiguiente y, aun cuando en principio el hecho de que la convocada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** no hubiere contestado la demanda da pie para presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión en que se basan las pretensiones, eso no significa que tal confesión no pueda ser infirmada con los otros medios de convicción a los que ha tenido acceso este juzgador.

En relación con este tema, así como el artículo 197 del C.G.P. establece que "Toda confesión puede ser infirmada"; la presunción del artículo 97 del C.G.P., al ser legal

⁷⁷ Folio 4 del Cuaderno Principal.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

y fundarse en los mismos supuestos que la anterior, es igualmente desvirtuable con los demás elementos que conforman el caudal probatorio, pues, como se sabe, el juez no puede prescindir de la realidad que emerge del proceso.

En consecuencia, y con fundamento en lo dicho, ante la falta de demostración por parte de la convocante de que las sumas de dinero que ella reclama a título de intereses de mora fue efectivamente causada – y desde cuándo y sobre qué capital, se negará la pretensión del modo en que está fue pedida, máxime cuando hay prueba documental auténtica⁷⁸ aportada por la propia demandante en la que la convocada no aprobaba esos rubros, y en su lugar (y a falta de otro referente temporal) solo se reconocerán intereses de mora sobre la suma de dinero contenida en la pretensión segunda.

Naturalmente, el Tribunal no desconoce que **ATEMKA LTDA.**, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 206 del C.G.P., estimó bajo juramento los intereses de mora que de acuerdo con ella le adeudaba el extremo pasivo. Empero, esa suma de \$203.940.482 consignada en ese acápite solo permite, como lo señala el inciso primero de esa misma norma, hacer “...*prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo*”.

Por ende, una cosa es el monto de lo reclamado y otra es la demostración de que eso que se reclama se haya en realidad causado. En el asunto pendiente de decisión, la demandante no acreditó que los intereses se hubieran generado sobre unas determinadas sumas de dinero a las que se les pudiera atribuir con nitidez la connotación de capital.

Con todo, y no obstante esas falencias que dejan al descubierto el incumplimiento de la carga procesal que tenía que haber desplegado la pretendiente en este campo; aun así el Tribunal encuentra probado que por lo menos desde el 30 de octubre de 2017 la convocada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** manifestó conocer las sumas de dinero que le adeudaba a la contratista **ATEMKA LTDA.**; y que esas obligaciones ya habían sido “...*conciliadas con [su] área contable*”, lo que les da el carácter de ciertas.

En tal virtud, y en atención a las consideraciones motivadas expuestas en precedencia, se condenará a la convocada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** a pagar intereses de mora sobre la suma de dinero indicada en la pretensión segunda, desde el 30 de octubre de 2017 y hasta cuando se pague la obligación en su totalidad.

SOBRE LA PRETENSION CUARTA: En la cuarta pretensión, la convocante solicita que se condene a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, al pago de veintinueve millones doscientos sesenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos (\$29.269.457), por concepto de los intereses moratorios que de conformidad con el hecho décimo noveno de la demanda⁷⁹ corresponde a las facturas 2373, y 2402.

Frente a este punto, el Tribunal considera que la pretensión cuarta no está llamada a prosperar, de acuerdo con las motivaciones expuestas al analizar la anterior pretensión tercera.

⁷⁸ El artículo 244 del C.G.P. dispone que: “*Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando existe certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento*”. A su vez, los incisos 5º, 6º y 7º de ese cano establecen que: “*La parte que aporte al proceso un documento, en original o copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad*”. “*Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos*”. Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones”.

⁷⁹ Folio 6 del Cuaderno Principal.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-**

SOBRE LA PRETENSION QUINTA: En la pretensión quinta solicita **ATEMKA LTDA.** se declare que la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, y **TENCO S.A.**, adeudan los intereses de mora de las facturas: 2452, 2453, 2454, 2588, 2315, 2340, 2372, 2389, 2330, 2373 y 2402 producto de los contratos 147 y 166, la suma de \$169.317.030”

Frente a este punto, el Tribunal considera que la pretensión quinta no está llamada a prosperar, de acuerdo con las motivaciones expuestas al analizar la anterior pretensión tercera.

SOBRE LA PRETENSION SEXTA: En atención a que efectivamente existió incumplimiento sustancial, se declarará la resolución de los contratos No. 147 y 166.

Ciertamente, el artículo 1546 del Código Civil preceptúa que:

"ARTICULO 1546. <CONDICION RESOLUTORIA TACITA>. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios."

En este caso, **ATEMKA LTDA.**, como contratante cumplido, solicita la resolución de los contratos de obra celebrados dado que la mandante, **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, no pagó completamente el precio pactado, lo cual ha quedado suficientemente demostrado a lo largo del presente procedimiento arbitral. Dicho incumplimiento, se cataloga como un incumplimiento sustancial, por ser el precio uno de los elementos esenciales de los contratos de obra.

Por virtud de lo anterior se declarará la Resolución de los Contratos No. 144 de 2014 y 166 de 2015, y se condenará a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, al pago de los perjuicios ocasionados como consecuencia de su incumplimiento.

SOBRE LA PRETENSION SÉPTIMA: Por haber prosperado parcialmente las pretensiones de **ATEMKA LTDA.**, se condenará en costas a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** En cuanto a la convocada **TENCO S.A.**, habida cuenta de que a ella se le reconoció una de las excepciones de mérito que planteó, el Tribunal condenará a la convocante **ATEMKA LTDA.** a pagarle las costas en su modalidad de agencias en derecho, tal como se expondrá en el capítulo octavo del presente Laudo Arbitral.

CAPÍTULO SEXTO. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 280 inciso primero del Código General del Proceso, conforme al cual “*El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella*”; el Tribunal constata que en lo que concierne a **ATEMKA LTDA.** y **TENCO S.A.**, ese par de contendientes defendieron sus posiciones a través de los mecanismos legales y estuvieron a su disposición durante el trámite del arbitraje. Cada una de ellos participó activamente en la práctica y contradicción de las pruebas, e intervino oportunamente en el proceso.

No obstante, no se puede predicar lo mismo de la convocada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, puesto que no contestó la demanda

y por el contrario adoptó un comportamiento pasivo y sin resistencia frente a lo pedido por **ATEMKA LTDA.** y lo resistido por **TENCO S.A.**

CAPÍTULO SÉPTIMO. JURAMENTO ESTIMATORIO.

Después de haberle sido inadmitida, al subsanar lo pertinente y reformar algunos aspectos de la misma, **ATEMKA LTDA** manifestó en su demanda que:

- "Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 209 (sic) del Código General del Proceso, bajo la gravedad del juramento estimo que la indemnización de intereses por mora causados, corresponde a la suma de (...) \$203.940.482".

- "(...) se estima la cuantía del presente asunto en la suma superior a \$475.159.001 (...)".

Integrado el contradictorio con las convocadas **TENCO S.A.** y **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, la primera contestó la demanda pero no objetó el juramento estimatorio ni la cuantía de las pretensiones; y la segunda guardó silencio dentro del término con que contaba para haber respondido dicho escrito.

Consideraciones

La figura del juramento estimatorio, junto con sus consecuencias y sanciones fueron establecidas en la ley 1395 de 2010, posteriormente en el artículo 206 del C.G.P., el cual fue reformado luego por el artículo 13 de la ley 1743 de 2014, que prescribe:

"En adelante el inciso cuarto y el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso quedarán así:

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada".

En el presente caso, y como resultado de interpretar el libelo demandatorio en el sentido de integrar jurídicamente lo que en el plano formal está escindido (pues en la demanda hay un acápite en el que se habla de \$203.940.482 como indemnización por intereses de mora, pero en otro, al estimar la cuantía de las pretensiones se suma el daño emergente con el lucro cesante y el total arroja un valor de \$475.159.001); lo que se concluye es que no hay lugar a imponer la sanción a la que se refiere la anterior norma.

En efecto, como el Tribunal impondrá unas condenas producto del acogimiento parcial de las pretensiones económicas, y ellas, al confrontarse con la cuantía de lo que al respecto reclama la convocante no resultan —en conjunto— inferiores al 50% de lo pedido, la situación de quien promovió la demanda no se subsume en la hipótesis del citado artículo 206 del C.G.P., y por tanto resulta improcedente aplicar la consecuencia prevista en esa disposición.

CAPÍTULO OCTAVO. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Concluida la evaluación de la controversia materia de este arbitraje, pasa el Tribunal a ocuparse del tema relacionado con las costas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 361 a 366 del C.G.P.

Sobre este particular debe señalarse que, como lo han decantado las altas cortes

"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra".⁸⁰

De análoga manera, también hay que enfatizar que las costas están constituidas, de un lado, por las *expensas*, o sea los gastos en que incurren las partes por la tramitación del proceso; y, del otro, por las *agencias en derecho*, estas últimas definidas en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura como *"la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierde el proceso"*.

Traídas estas consideraciones a la causa que concitó la atención del Tribunal, se encuentra que en esta materia el tratamiento que debe dispensárseles a los contendientes no puede ser uniforme, sino, por el contrario, disímil.

Ciertamente, la Convocada **TENCO S.A.** sacó avante su postura de defensa planteada a través de uno de los medios exceptivos que invocó, y por esa razón tiene derecho a que se imponga una condena a su favor y en contra de su oponente en la modalidad de *agencias en derecho*. Sin embargo, no sucede lo mismo con las costas en cuanto al rubro *expensas*, puesto que además de que no se probó que hubiere incurrido en ellas, fue la Convocante **ATEMKA LTDA** la que pagó en su integridad los gastos y honorarios del Tribunal.

En lo que atañe a la demandada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, se condenará a pagarle a la Convocante **ATEMKA LTDA** la totalidad de las costas en sus dos componentes de *expensas* y *agencias en derecho*, debido a que no contestó la demanda; no participó en la práctica de las pruebas; no impugnó las providencias y tampoco acudió —a tiempo— a ejercer algún otro mecanismo procesal dirigido a enervar las pretensiones de la parte actora.

Respecto de ella, si el *petitum demandatorio* de índole pecuniario no prosperará por completo, ese aspecto no obedece a la actitud que en defensa de sus intereses hubiera asumido esta Convocada, sino en razón a la labor que en forma minuciosa y de oficio desempeñó el Tribunal, por lo que debido a esa circunstancia y teniendo

⁸⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-157 de 21 de marzo de 2013.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

en cuenta que es facultad del juez pronunciar, a su arbitrio, una condena parcial en el tema de las costas, en este caso y por los motivos ya expuestos la condena será completa.

Procede, entonces, el Tribunal a liquidar las costas que tal como se dijo anteriormente, ellas están compuestas tanto por las expensas o gastos generados por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho.

En cuanto al primer rubro, es necesario tener presente que de acuerdo con lo señalado en el artículo 365 numeral 8º del Código General del Proceso, solamente puede imponerse condena en costas respecto de las sumas que se encuentren debidamente acreditadas en el expediente. A este respecto, en el proceso solamente hay prueba del pago efectuado por **ATEMKA LTDA** de las sumas correspondientes al 100% de los honorarios y gastos del Tribunal, motivo por el cual ese rubro será el único que se incluirá dentro de la liquidación de costas por concepto específico de expensas.

Los pagos realizados por **ATEMKA LTDA** son los siguientes:

1. Valor pagado por la presentación de la demanda \$1.970.880,00.
2. Valor pagado correspondiente al primer 50% de los honorarios y gastos del Tribunal descontando el valor pagado al momento de presentación de la demanda \$18.865.580,00., pagado el 19 de noviembre de 2019.
3. Valor pagado correspondiente al segundo 50% de los honorarios y gastos del Tribunal a cargo de las partes Convocadas \$20.836.460,00, pagado el 26 de noviembre del 2019.

Total pagado por **ATEMKA LTDA**: \$41.672.920,00.

Respecto de las agencias en derecho de conformidad con lo establecido en el acuerdo PSAA-16- 10554, se fijan en una suma equivalente al honorario de uno de los árbitros (\$9.500.000,00), los cuales deberán ser pagados por parte de **ATEMKA LTDA** y de la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** respectivamente.

En relación con las costas a cargo de **ATEMKA LTDA**, respecto de la sociedad **TENCO S.A.**, esta comprenderá únicamente las agencias en derecho tal como fueron tasadas previamente en la suma de \$9.500.000,00.

CAPÍTULO NOVENO. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver las controversias contractuales entre **MADERA MODULAR ARQUITECTÓNICA ATEMKA LTDA**, como Parte Convocante, y las sociedades **CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S** y **TENCO S.A.**, como Parte Convocada y Demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y por habilitación expresa de las partes, vertida en el pacto arbitral, con el voto unánime de todos sus integrantes,

RESUELVE

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

Primero.- Por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva, declarar probada la primera excepción de mérito formulada por la Convocada **TENCO S.A.**, la cual fue denominada por esta como "*Ausencia de título en contra de la demandada TENCO S.A.*", y desestimar, por estar fundada en los mismos hechos que la anterior, la excepción denominada "*cobro de no (sic) debido*".

Segundo.- ACCEDER a LA PRETENSIÓN PRIMERA, declarando que la Convocada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** incumplió las obligaciones contenidas en los contratos de obra Nos. 147 y 166, celebrados los días 1 de agosto de 2014 y 13 de enero de 2015, junto con sus respectivos "*Otrosíes*", los cuales fueron suscritos por la Convocante **MADERA MODULAR ARQUITECTÓNICA ATEMKA LTDA** como contratista y **TENCO S.A.** como contratante, quien en dichos contratos actuó en su calidad de mandataria de la Convocada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**

Tercero.- ACCEDER A LA PRETENSIÓN SEGUNDA, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva, declarando que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión primera, se **CONDENA** a la Convocada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** a pagarle a la Convocante **MADERA MODULAR ARQUITECTÓNICA ATEMKA LTDA.** la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$253.688.386,00)** causada a título de daño emergente.

Cuarto.- ACCEDER PARCIALMENTE A LAS PRETENSIONES TERCERA, CUARTA y QUINTA, y en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva, condenar a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** a pagarle a la Convocante **ATEMKA LTDA.** los intereses de mora comerciales causados sobre la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$253.688.386,00)**, desde el 30 de octubre de 2017 y hasta cuando se pague la obligación en su totalidad.

Quinto.- ACCEDER A LA PRETENSIÓN SEXTA declarando resueltos los contratos de obra Nos. 147 y 166 celebrado los días 1 de agosto de 2014 y 13 de enero de 2015, respectivamente, junto con sus correspondientes "*otrosíes*", los cuales fueron suscritos por la Convocada **MADERA MODULAR ARQUITECTÓNICA ATEMKA LTDA** como contratista y **TENCO S.A.** como contratante, quien en dichos contratos actuó en su calidad de mandataria de la Convocada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**

Sexto.- CONDENAR a la Convocada **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** a pagar a la Convocante **MADERA MODULAR ARQUITECTÓNICA ATEMKA LTDA**, por concepto de costas en su modalidad de expensas, la suma de \$41.672.920,00 y por agencias en derecho la suma de \$9.500.000,00, equivalente al valor de los honorarios de un árbitro.

Séptimo.- CONDENAR en costas a la Convocante **MADERA MODULAR ARQUITECTÓNICA ATEMKA LTDA** a pagarle a la Convocada **TENCO S.A.** por

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-**

agencias en derecho la suma de \$9.500.000,00, equivalente al valor de los honorarios de un árbitro.

Octavo.- Abstenerse de condenar a la Convocante **ATEMKA LTDA.** a pagarle a la Convocada **TENCO S.A.** las costas en su modalidad de expensas, en la medida en que no se demostró que hubiere incurrido en ellas y además porque fue la Convocante la única que pagó la totalidad de los gastos y honorarios del tribunal.

Noveno.- Declarar que no procede la aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del C.G.P., por lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

Décimo.- Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y el secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas de dinero puestas a su disposición para los gastos del Tribunal, y a devolver el remanente que corresponda a la partida de gastos que no se haya utilizado, si a ello hubiere lugar. La parte Convocante entregará a los árbitros y al secretario los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con la totalidad de los honorarios.

Undécimo.- Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los árbitros y el secretario, para lo cual el Presidente hará las deducciones y librará las respectivas comunicaciones.

Duodécimo.- Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a las partes, con las constancias de ley, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimotercero.- Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la oportunidad procesal adecuada para ello.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia se notifica a los apoderados de las partes y a la **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.** en audiencia de la fecha.



GABRIEL HERNÁNDEZ VILLARREAL
Presidente

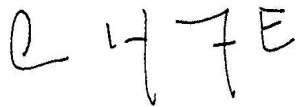


GERMÁN VILLAMIL PARDO
Árbitro

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-**



RAFAEL H. GAMBOA BERNATE
Árbitro



CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
MADERA MODULAR ARQUITECTONICA ATEMKA LTDA VS. CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL
CARTAGENA S.A.S. y TENCO S.A.
- 116246-

CONTENIDO	
CAPÍTULO PRIMERO. ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO	1
1.- Identificación de las partes del proceso	1
2.- El Pacto Arbitral	1
3.- Síntesis de las actuaciones surtidas en la etapa introductoria del proceso.....	2
4.- Primera audiencia de trámite, etapa probatoria, reintegración del Tribunal y alegaciones finales...	3
5.- Pruebas decretadas, practicadas y aportadas en el proceso.....	3
6.- Término de duración del proceso.	4
CAPÍTULO SEGUNDO. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA.....	4
1.- Las pretensiones de la demanda	4
2.- Los hechos de la demanda.....	5
3.- La Contestación de la demanda.....	11
CAPÍTULO TERCERO. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.....	11
CAPÍTULO CUARTO	12
1.- De los hechos de la demanda y su contestación por parte de TENCO S.A.	12
1.1.- De la demanda que formuló la convocante ATEMKA LTDA.	12
1.2.- De la contestación que a esos hechos formuló la Convocada TENCO S.A.	13
1.3.- De las excepciones de mérito.	14
1.4.- De lo argüido por la Convocante al descorrer traslado.....	15
2.- De los contratos 147 y 166, y de su ejecución por las partes.....	15
2.1. La existencia de los contratos y su régimen jurídico.	15
2.2. Del contrato de obra o empresa.....	17
2.3. Del contrato de mandato.....	19
2.4. De las "Consideraciones" de los contratos 147 y 166.	21
2.5. De la interpretación de los contratos.	23
3. En cuanto a las pruebas.....	26
3.1. La confesión judicial.....	26
3.2. El responsable del pago.	28
3.3. Las declaraciones de las partes y el testimonio del tercero.....	29
3.4. La prueba documental.	40
3.5.- Conclusiones.....	43
CAPÍTULO QUINTO. DE LAS CONDENAS A LA CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.	44
1.- Antecedentes.....	44
1.2.Las	Pretensiones.
44	
1.2. Vinculación de la CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. a la cláusula compromisoria	45
1.3. La excepción propuesta por TENCO S.A. que se abrió paso dentro del presente proceso..	48
1.4. Las consecuencias por la no contestación de la demanda por parte de la CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.....	48
2. Las condenas	51
2.1. Las facturas derivadas de los contratos 147 y 166 objeto de la controversia y en que se fundan las pretensiones.	51
2.2. Las facturas excluidas por no ser derivadas de los contratos 147 y 166 objeto de la controversia y en que se fundan las pretensiones.	56
3. Las condenas derivadas de las pretensiones de la demanda.	56
CAPÍTULO SEXTO. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES	60
CAPÍTULO SÉPTIMO. JURAMENTO ESTIMATORIO.	61
CAPÍTULO OCTAVO. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.....	62
CAPÍTULO NOVENO. PARTE RESOLUTIVA	63